PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
I

LUIGI COSATTINI
ASSISTENTE NELL'ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO

# LA REVOCA
# DEGLI ATTI FRAUDOLENTI

CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
PADOVA 1940-XVIII

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
I

LUIGI COSATTINI
ASSISTENTE NELL' ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO

# LA REVOCA
## DEGLI ATTI FRAUDOLENTI

CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
PADOVA 1939-XVII

A MIO PADRE

## SOMMARIO

Capitolo Primo

### IDENTIFICAZIONE DELLE NORME SULLA REVOCA

§ 3. - *Presupposti relativi all'acquirente ed ai subacquirenti*

Capitolo Quinto

## L'AZIONE REVOCATORIA



Capitolo Sesto

## EFFETTI DELLA REVOCA

# LA REVOCA
## DEGLI ATTI FRAUDOLENTI

Capitolo I.

## IDENTIFICAZIONE DELLE NORME SULLA REVOCA

Sommario: 1. Ragioni e caratteri dello studio. — 2. La revoca come forma mediata di tutela del diritto di credito. — 3. Mancanza di sistema delle norme della legge italiana in tema di revoca. — 4. Innovazioni di ordine generale della legge italiana rispetto al codice Napoleone. — 5. Identificazione delle singole norme sulla revoca. L'art. 1235. Casi di rinvio all'art. 1235: art. 167, 207 c. c. l. I, 680 c. c.. Valore del rinvio dell'art. 708 c. co.. — 6. Norme specifiche. Revoca della rinunzia all'eredità (art. 949 c. c.). — 7. Revoca degli atti compiuti dal commerciante fallito nel periodo sospetto (art. 708 ss. c. co. ed altre norme). — 8. Revoche nelle liquidazioni coatte amministrative. — 9. Revoca degli atti compiuti dal colpevole prima e dopo del reato (art. 193 s. c. p.). — 10. Opposizione revocatoria (art. 512 c. p. c.). — 11. Inefficacia delle locazioni effettuate dal debitore espropriato (art. 687 c. p. c.). — 12. Casi dubbi. Poteri dei creditori in caso di rinunzia ad opporre la prescrizione (art. 2112 c. c.). — 13. Inefficacia degli atti gratuiti compiuti dal commerciante fallito nel periodo sospetto (art. 707, 2° comma, c. co.) e dal colpevole dopo il reato (art. 192 c. p.). — 14. Opposizione dei creditori particolari del socio a responsabilità illimitata contro la deliberazione di proroga della società (art. 102 c. co.). — 15. Rivendicazione da parte del venditore delle merci spedite al fallito (art. 804 c. co.).

1. — Nella legge italiana, come in quella francese, la revoca degli atti compiuti dal debitore in frode alle ragioni dei creditori è retta da un complesso di norme, che non è adeguato all'importanza dell' istituto e pone all' interprete talune questioni fondamentali concernenti la natura giuridica dello stesso. Se anche, col tempo, si sono venuti formando alcuni principi giurisprudenziali di generale applicazione, questi principi si dimostrano insufficienti, e gli antichi problemi della revoca si ripresentano nella loro gravità, non appena si discuta su questioni che ne toccano i fondamenti.

La nostra dottrina in questo argomento è rimasta un po' indietro. Dopo alcuni studi pregevoli, ma ormai invecchiati (1), la sistemazione dogmatica dell'istituto non è progredita di molto; e ciò per varie ragioni: in primo luogo la particolare elaborazione romanistica di esso — fusione operata durante il periodo giustinianeo di due diversi rimedi, e rimasta sempre incompleta — è la meno adatta alla formazione di principi giuridici sicuri; è mancata inoltre la possibilità di adattare al nostro diritto la costruzione dogmatica della revoca elaborata dalla dottrina tedesca, che si fonda su leggi assai diverse dalle nostre.

La teoria della revoca degli atti fraudolenti è in funzione di alcune delle teorie più importanti del diritto civile e del diritto processuale; anzi, il dubbio più grave che presenta la costruzione dell'istituto deriva proprio dalla sua posizione ambigua fra il diritto materiale ed il processo. Mentre oggi predomina nella dottrina ed è largamente diffusa nella giurisprudenza una concezione processualistica della revoca, io penso che per giungere a risultati soddisfacenti si deve rimanere nel campo del diritto materiale, e, entro di questo, fondarsi sulle figure dell'obbligazione, dell'atto illecito e dell'inefficacia.

Queste considerazioni mi ànno determinato a tentare il presente studio; nel quale vorrei chiarire, alla luce delle nostre leggi, i vari problemi riguardanti la struttura dell'istituto.

Prescindo da un'esposizione del diritto romano. Poichè, mentre la conoscenza di esso è base necessaria per ogni indagine di intenti

---

(1) MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, 1ª ed., Firenze, 1874; 4ª ed., con note di GIORGI, Firenze, 1912; BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, Torino, 1892; G. SATTA, *Atti fraudolenti in danno dei creditori*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I, parte V, Milano, 1904. Di altre opere meno recenti e meno notevoli sarà fatto cenno in seguito. Nella letteratura recentissima di diritto vigente sono da ricordare le seguenti monografie: BUTERA, *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Torino, 1934; PALUMBO, *L'actio pauliana nel diritto romano e nel diritto vigente*, Napoli, 1935; ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, Roma, 1935; AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939. Le prime due ànno carattere prevalentemente compilativo, e comprendono una trattazione (molto ampia nel BUTERA, schematica nel PALUMBO) di tutto l'istituto; le altre due, a indirizzo processualistico, sono volte specialmente a indagare il fondamento della revoca, e di questa trattano solo alcune questioni.

seri, non giova ripetere quanto è già stato detto da altri. Ciò è vero specialmente per questo tema, che, dal punto di vista romanistico, è stato oggetto di un recente studio fondamentale (2), al quale non potrei aggiungere nulla.

Inoltre bisogna ricordare che, in tema di revoca, spesso la dottrina di fronte alle lacune della nostra legge si è richiamata ad alcune regole — non sempre ben riferite — di diritto romano, considerate senz'altro come ancora oggi normative. Espediente interpretativo illegittimo, contro il quale si deve reagire, fondando la ricerca sui principi generali del diritto odierno: questa norma interpretativa è oggi positivamente accolta dall'art. 3, 2° comma, disp. appl. leggi, che stabilisce doversi ricorrere, ove non sia possibile una interpretazione analogica, ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (3). Se poi l'indagine così condotta coinciderà nei risultati con quella della dottrina di ispirazione romanistica, tanto meglio: ciò confermerà l'opinione che la soluzione proposta sia veramente conforme al nostro diritto.

2\. — Che la revoca degli atti fraudolenti sia una sanzione posta a tutela del creditore, è detto nella legge (art. 1235); ed è pacifico che il mezzo con cui il creditore può conseguire la revoca è una azione giudiziale, che, appunto in ragione del suo effetto, si chiama revocatoria, o, secondo la tradizione classica, pauliana.

Per tratteggiare brevemente la posizione della revoca nella nostra legge rispetto ai vari mezzi di tutela del creditore, è opportuno ricordare, prima di tutto, quali sono questi mezzi.

La tutela principale del diritto di credito è fornita dalla san-

---

(2) SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, Napoli, 1934. Nel diritto classico, secondo l'ipotesi di questo scrittore, vi sarebbero stati: una *restitutio in integrum* e, in applicazione di questa, un'*actio rescissoria* a favore del *bonorum emptor*, nonchè un *interdictum fraudatorium* dato ad ogni creditore. Nel diritto giustinianeo i due rimedi sono fusi nell'*actio Pauliana*, che spetta così al *curatur bonorum* come ad ogni creditore danneggiato, e si dirige contro il debitore e contro il terzo acquirente.

(3) Nella *Relazione del Guardasigilli al Re*, n. 3, è detto espressamente che si è voluto che i principi generali del diritto si debbano ricercare entro la sfera del sistema legislativo vigente.

zione dello stesso, che si attua nell'esecuzione forzata patrimoniale: se l'obbligazione non è adempiuta, il creditore può realizzare il suo diritto valendosi o dell'esecuzione diretta sulla cosa dovuta, in quanto sia ammessa e possibile, o dell'esecuzione indiretta sul patrimonio del debitore: questo è oggi il modo con cui si realizza in via coattiva, immediatamente o mediatamente, il diritto di credito.

Questa tutela del creditore non sarebbe sufficiente. L'oggetto del diritto di credito può essere un bene patrimoniale (4); l'oggetto della sanzione è un bene patrimoniale: ora il patrimonio può subire varie modificazioni, connesse con la sua stessa natura, le quali possono far aumentare o diminuire o addirittura escludere la possibilità di un pagamento o di un'utile esecuzione forzata. I beni patrimoniali possono essere distrutti o nascosti, possono circolare da un soggetto ad un altro; e ciò per effetto della volontà del debitore o indipendentemente dalla stessa. Inoltre è possibile che il debitore ometta di far entrare nel suo patrimonio un bene che avrebbe diritto di acquistare.

Contro queste varie attività del debitore, la legge concede al creditore varie specie di reazioni, che ànno una formazione storica ed una struttura assai diversa, ma che funzionalmente sono complementari.

La principale misura *preventiva* contro i fatti accennati è costituita dal *sequestro conservativo* (art. 924 c. p. c., con varie applicazioni): l'ampia fattispecie indica varie ipotesi in cui il creditore è in pericolo di perdere le garanzie del suo credito. Si riconosce dalla dottrina che, in vista del pericolo che il debitore usi del suo potere di disposizione a danno dei creditori, tale potere è limitato entro una certa misura. L'art. 924 si riferisce ad ipotesi in cui il debitore non destina i beni patrimoniali all'adempimento: così — salvo il caso della fuga, che si riconnette al pericolo che l'esecuzione

---

(4) Oppure può essere il risultato di un'attività. Accolgo così l'opinione che vede l'oggetto del diritto di credito non in un comportamento del debitore, ma nel bene dovuto: per la dimostrazione della tesi cfr., per tutti, NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, n. 8, p. 77 ss.; ID., *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali, Foro it.*, 1939, I, 49, n. 1. Una impostazione completamente nuova del problema in MAIORCA, *L'«oggetto» dei diritti*, Milano, 1939, n. 45 ss., p. 72 ss., che giunge all'eliminazione della nozione di oggetto del diritto soggettivo (ibid., n. 55, p. 87).

riesca più difficile, costosa o che il debitore porti via dei beni con sè — nell'ipotesi delle sottrazioni e della perdita delle garanzie rientra ogni attività diretta a fare sparire i beni patrimoniali quali possibile oggetto di sanzione.

L'attività del debitore contro cui è ammesso il sequestro conservativo è di ordine prevalentemente materiale, ma può essere anche di ordine negoziale.

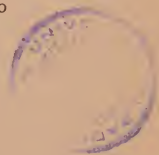
Anche il *sequestro giudiziario* (art. 921 c. p. c., 1875 c. c.) può servire, in certe ipotesi, come tutela preventiva del creditore contro l'attività del debitore diretta a sottrarre dei beni ad un'eventuale esecuzione (cfr. n. 82).

Un'altra forma di misura preventiva, diretta invece esclusivamente contro un'attività processuale, è l'*intervento giudiziale* del creditore: al creditore è concesso di intervenire in un giudizio intercedente fra il suo debitore e un terzo, per evitare che questi possano, valendosi del potere dispositivo nel processo, fare venir meno la destinazione dei beni all'adempimento. Così l'intervento *adesivo* (articolo 201 c. p. c.) viene in considerazione come misura preventiva, sebbene la legge lo consideri dal punto di vista più ampio della tutela dell'interesse del terzo in una causa vertente fra altre persone. Vi è un caso però in cui il carattere dell'intervento quale rimedio preventivo di una violazione della garanzia patrimoniale è assai accentuato, in quanto che esso è dato ai creditori parallelamente al rimedio repressivo della frode. Tale è il caso previsto nell'art. 204 c. c. l. I per il giudizio di separazione della dote: intervento processuale, perchè la separazione si realizza giudizialmente.

L'intervento è previsto anche, nel caso di divisione giudiziale (5), dall'art. 680 c. c., per cui i creditori (e i cessionari) possono intervenire nella divisione a cui partecipi il loro debitore; la funzione di questo intervento è chiaramente indicata nell'art. 882 del codice francese, corrispondente all'art. 680 c. c.: «les créanciers d'un copartageant, *pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits,* peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence»: l'inciso fu omesso nella nostra legge, perchè il legislatore probabilmente ritenne inutile indicare la *ratio* della norma (6).

---

(5) F. S. Bianchi, *Corso di codice civile italiano,* IX, parte III, Torino, 1900, n. 97, p. 1104 s .

(6) Il diritto francese conosce anche un intervento del creditore ipotecario

Più vasto è il campo delle *misure repressive* contro le ricordate attività del debitore a danno del creditore. Vi è prima di tutto la sanzione penale, alla quale danno luogo, in seguito a querela, gli *atti fraudolenti* (7) compiuti per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili da sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento (art. 388 c. p.), e, d'ufficio, la bancarotta fraudolenta (articolo 680 c. co.).

L'art. 388 merita un commento piuttosto ampio. Questa norma fu voluta, si dice nei lavori preparatori, per completare il sistema di tutela del creditore, offerto dalle leggi civili: «l'azione revocatoria regolata dall'art. 1235 c. c. non può esercitarsi in quei casi, nei quali il credito sorge dopo l'atto fraudolento, e per essi provvede l'art. 393 del progetto» (art. 388 c. p.) (8).

La repressione penale della c. d. mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice è dunque funzionalmente assai vicina alla revoca degli atti fraudolenti. Se ne differenzia per una maggiore limitatezza della fattispecie: poichè l'art. 388 c. p. presuppone non un qualunque rapporto di obbligazione, al cui adempimento l'agente tenda a sottrarsi, ma quello canonizzato in una sentenza di condanna, oppure in corso di accertamento avanti alla autorità giudiziaria. S' intende che nel secondo caso la sentenza di

---

quando la collazione sia effettuata in natura (art. 865 c. c. franc.), diritto che la dottrina estende per identità di *ratio* anche ad altri titolari di diritti reali sulla cosa conferita: cfr. Planiol, Ripert, Maury e Vialleton, *Successions*, in Planiol e Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1925-1934, IV, n. 610, p. 712. — Sulla ragione per cui il legislatore italiano eliminò l'inciso, contenuto nell'art. 882 c. c. franc., e sulla *ratio* della norma, cfr. Bianchi, *Corso* cit., IX, parte III, n. 96, p. 1095 s., che vede in ciò una intenzione di tutelare il creditore non solo contro la frode, ma contro ogni attività pregiudizievole del debitore.

(7) L'art. 388 c. p. prevede anche l'ipotesi di *fatti fraudolenti* commessi allo stesso scopo: sul significato di queste parole fu detto durante i lavori preparatori che «gli atti si identificano coi negozi giuridici....; i fatti sono costituiti da ogni altra attività fraudolenta del colpevole, il quale muti materialmente lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone» (*Verbali della Commissione parlamentare*, VI, p. 543); spiegazione poco convincente di un'inutile specificazione della legge: l'atto, secondo la legge penale, deve riferirsi ad ogni comportamento dell'uomo.

(8) *Relazione del Guardasigilli, Lavori preparatori*, libro V, p. 181.

condanna funziona come condizione di punibilità, o, per dirla in termini civilistici, come *condicio iuris* della illiceità penale.

Ma la repressione del reato di cui all'art. 388 c. p. anche da un altro punto di vista civilistico è funzionalmente assai vicina alla revoca. Non mi consta che si sia ancora notato che, nel caso di alienazione fraudolenta, punibile a sensi della norma in questione, se sia accertato il concorso nel reato del terzo acquirente (sarà questione se il dolo necessario perchè si abbia questo concorso si identifichi o no con la malafede richiesta nella revoca, art. 1235), questo terzo è obbligato ex art. 185 c. p. al risarcimento in denaro del danno subito dal creditore, indipendentemente dal fatto che questi abbia o non abbia esercitato l'azione revocatoria a tutela del suo credito. L'obbligo di risarcimento che dallo stesso art. 185 deriva anche al debitore è di solito una sanzione che non opera, perchè in genere il reato coincide con una situazione di insolvenza.

La repressione civile dell'attività e dell'inattività del debitore che reca danno ai creditori è data da vari istituti.

Se il debitore *omette* di far entrare nel suo patrimonio un bene che potrebbe acquistare, i creditori sono tutelati con l'*azione surrogatoria,* regolata dall'art. 1234, e ricca di numerosissime applicazioni: rimedio tipico contro l'*inerzia,* non contro l'attività del debitore. Il creditore, surrogandosi nelle ragioni del debitore, agisce in nome ed in luogo di questi.

Contro le modificazioni patrimoniali meramente apparenti, oppure di apparenza diversa dalla realtà, i creditori ànno la facoltà di opporre la simulazione, assoluta e relativa, degli atti compiuti dal debitore: facoltà che è presupposta da molte norme di legge, anche se non espressamente concessa.

Infine, accanto a tutte queste forme di tutela strumentale del diritto di credito, c'è l'azione revocatoria: il creditore può ottenere la revoca di determinati atti giuridici del debitore. Ipotesi tipiche di revoca sono le seguenti: il debitore vende la sua casa, solo bene del suo patrimonio che sia passibile di esecuzione forzata, e occulta il denaro ricevuto allo scopo di sottrarsi così all'esecuzione; un commerciante in istato di insolvenza paga un solo creditore, lasciando gli altri all'asciutto; un coerede, in sede di divisione, si fa assegnare la sua quota in solo denaro, anzichè in altri cespiti ereditari facilmente assoggettabili ad esecuzione.

3. — Si deve ora considerare specificamente le varie ipotesi, in cui la reazione alla frode al creditore è attuata mediante l'istituto della revoca degli atti fraudolenti.

Nella nostra legge questo istituto non è contemplato da un punto di vista organico e unitario: la revoca è prevista in generale nell'art. 1235 c. c., che pone alcune regole fondamentali, ma molto sommarie; e poi è retta da alcune norme speciali nelle sue varie manifestazioni (9).

Tale mancanza di sistema determina non solo una maggiore difficoltà nello studio dell'istituto, ma fa sorgere anche il problema, che sarà affrontato in seguito (v. n. 32), se il nostro diritto conosca una sola revocatoria o più revocatorie. Tuttavia bisogna riconoscere che la soluzione seguita dal nostro legislatore è dotata di una certa elasticità, in quanto consente di adattare meglio il regime delle singole specie di revoca alle esigenze delle varie categorie di creditori che si vuol tutelare. In altri ordinamenti giuridici invece la revoca degli atti fraudolenti è regolata da complessi più organici di norme: così, ad esempio, in Germania sia la legislazione tedesca che quella austriaca ànno una legge per la revocatoria al di fuori del fallimento, e un titolo della legge sul fallimento, dedicato alla revocatoria fallimentare (10).

---

(9) Nel progetto del IV libro di c. c. (1936), l'azione revocatoria è prevista nell'art. 107: « Qualunque creditore può anche impugnare, in proprio nome, gli atti compiuti dal debitore in frode dei suoi diritti, purchè il suo credito sia esigibile e di data anteriore all'atto che vuole impugnare, senza necessità che la prova di questa anteriorità risulti da data certa. Se l'atto impugnato è a titolo oneroso la revoca non può essere pronunziata contro l'acquirente, che non sia stato consapevole della frode. Se l'atto è a titolo gratuito basta che vi sia stata frode da parte del debitore. Se l'acquirente abbia a sua volta alienato la cosa, la revoca non può colpire il subacquirente a titolo oneroso, che non sia stato egli stesso consapevole della frode. La revoca non giova se non ai creditori che l'hanno domandata ».

(10) Diritto tedesco: legge 21. 7. 1879, concernente l'impugnazione (*Anfechtung*) di atti giuridici del debitore al di fuori del fallimento; legge 10. 2. 1877, ordinamento del fallimento (§§ 29-42), modificata dalla legge 17. 5. 1898. Diritto austriaco: ordinanza imperiale 10. 2. 1914, sulla introduzione di un regolamento dei concorsi, di un regolamento di accomodamento e di un regolamento d'impugnazione (testo italiano ufficiale) (§§ 27-43). Altre notizie di diritto comparato in E. JAEGER, *Die Konkursordnung*, 6ª e 7ª ed., Berlino, 1931-1936, p. XXII ss., e in HEINSHEIMER, voce *Anfechtungsrecht der Gläubiger*, in

È bene ricordare che, almeno dal punto di vista della collocazione legislativa, nella nostra legge la revoca è istituto di diritto sostanziale; mentre in altre leggi, e specialmente in quella germanica, essa è considerata istituto del processo esecutivo, ed anzi ad essa sono legittimati solo i creditori forniti di titolo esecutivo (§ 2 *Anfechtungsgesetz*).

Ritengo che un'accurata indicazione del complesso di norme sparse nelle leggi italiane in tema di revoca sia la base necessaria per uno studio approfondito dell'istituto.

Dal fatto che questa indagine si inizi con un tentativo di stabilire quali siano le norme sulla revoca, potrebbe derivare, da un punto di vista rigorosamente logico, un'accusa di apriorismo: come si può dire che l'una o l'altra norma concerne una revoca, se di questa non si sono ancora determinati i caratteri? Ma in contrario possono valere le seguenti osservazioni.

Una norma si può considerare come appartenente al campo della revoca, in base alla conoscenza generica della funzione di questo istituto, indicataci dalla norma-madre dell'art. 1235: repressione della frode consumata dal debitore a danno dei creditori. D'altra parte una norma di natura dubbia può essere considerata come estranea alla revoca in quanto in essa si riscontrino certi caratteri propri di altri istituti. In ogni modo i punti che saranno rimasti incerti in questa indagine preliminare, saranno chiariti nel corso dello studio.

4. — Il complesso di norme sulla revoca contenuto nelle leggi italiane è derivato, nella sua parte fondamentale, dalla legge francese. Ma in questo caso non si è avuta, come in tanti altri, una semplice recezione di norme francesi; poichè il nostro legislatore à introdotto alcune modifiche di notevole importanza nel regime dell'istituto, che, a quanto mi sembra, è stato migliorato sensibilmente.

Ritengo opportuno riassumere qui le accennate differenze fra le due legislazioni, perchè ciò consentirà di rendersi più compiuta ragione dei caratteri della revoca nel diritto italiano.

---

*Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht,* II, Berlino, 1929.

Il titolo III del II libro del codice civile francese à questa rubrica: «dei contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale». Il capitolo III di questo titolo considera gli effetti delle obbligazioni, ed è diviso in sei sezioni, delle quali l'ultima, concernente l'effetto delle convenzioni riguardo ai terzi, comprende i seguenti articoli: 1165: «Les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121»; 1166: «Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne»; 1167: «Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur, en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre *Des successions* et au titre *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, se conformer aux règles qui y sont prescrites».

Le azioni surrogatoria e revocatoria vengono dunque in considerazione *sub specie* dell'effetto dei contratti (in quanto fonti di obbligazione) rispetto ai terzi. Ciò è manifesto non solo per la posizione sistematica dei due articoli, ma per la stessa connessione logica fra di essi: art. 1165, regola generale; 1166, prima limitazione: *néanmoins;* 1167, seconda limitazione: *aussi*. Questo sistema è modificato, almeno apparentemente, nella legge italiana; poichè, avendo questa compreso la disciplina dei contratti, come specie rispetto a genere, nello schema dell'obbligazione, l'art. 1165 c. c. franc. à il suo corrispondente nell'art. 1130 c. c. it. sotto la rubrica «degli effetti dei contratti»; mentre gli art. 1234 e 1235, corrispondenti agli art. 1166 e 1167 c. c. franc., rientrano sotto la rubrica «degli effetti delle obbligazioni».

Ma non è da credere che, a questo proposito, alla diversa collocazione corrisponda una diversità di tendenze legislative. Anche nel nostro diritto, come meglio si vedrà in seguito (cfr. n. 25), gli art. 1234 e 1235 devono essere considerati come casi dell'eccezione prevista nell'art. 1130 (11).

---

(11) Invece nel nostro codice la parola *pure* dell'art. 1235 deve essere ovviamente riferita ad uno scopo comune fra la revocatoria e la surrogatoria, scopo che, per questa, è identificato nel conseguimento di quanto è dovuto ai creditori. Questo richiamo non à valore alcuno, poichè mentre non occorreva dire che la sanzione è data al creditore per quel fine ultimo, lo scopo immediato

La legge italiana è sistematicamente più precisa, nel senso che, avendo spostato la revoca dal piano del contratto a quello dell'obbligazione, fa chiaramente intendere che il creditore è tutelato qualunque sia la fonte dell'obbligazione. D'altra parte è stato perduto il nesso, che pure à importanza, fra la disposizione che limita ai contraenti l'effetto dei contratti e la disposizione che consente l'azione revocatoria.

Vi è, fra le due leggi, un'altra differenza di notevole rilievo: l'art. 1167 c. c. franc. fa salve espressamente le speciali disposizioni dettate in tema di successione e di rapporti patrimoniali fra coniugi: disposizioni importanti, che determinano una modifica del normale regime della revocatoria e talora escludono addirittura che questa possa essere esercitata. In tema di successioni, l'art. 788, corrispondente all'art. 949 c. c. it., importa un complesso di regole assai notevoli e diverse da quelle della revocatoria; l'art. 865, relativo alla collazione, senza corrispondente nel nostro codice, e l'art. 882 relativo alla divisione ereditaria, corrispondente al nostro art. 680 in tema di comunione, sostituiscono la tutela preventiva del creditore a quella repressiva, accordando la facoltà d'intervento in sede di divisione (12).

Del pari, nel campo dei rapporti patrimoniali fra coniugi, l'articolo 1447 c. c. franc., relativo alla separazione di beni nella comunione fra coniugi, corrispondente all'art. 204 c. c. it. l. I, in tema di separazione della dote, concede ai creditori del marito, che sono sacrificati per effetto della pronuncia di separazione, una tutela preventiva ed una repressiva; e l'art. 1464 c. c. franc., in tema di rinuncia alla comunione, corrispondente, per effetto del rinvio di

---

della revocatoria — diverso da quello della surrogatoria — è la conservazione delle garanzie patrimoniali.

(12) Art. 865: « Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire; mais les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits ». Art. 882: « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence: ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée ».

cui all'art. 225, 2° comma, c. c. it. l. I, all'art. 949 c. c. it., pone una regola speciale corrispondente all'art. 788 c. c. franc. (13).

Infine è da ricordare l'art. 622 c. c. franc., che non à corrispondente nella legge italiana: « Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice ».

Nella legge italiana invece manca una disposizione che rinvii a norme particolari in tema di successioni e di rapporti patrimoniali fra coniugi; e mancano in compenso — come si è notato — alcune delle principali norme speciali del codice francese. I casi di revocatoria speciale in diritto civile italiano sono quelli degli art. 167, 207 l. I, 680 e 949 c. c., prescindendo da alcune norme relative all'opposizione revocatoria e da altre disposizioni controverse. Ciò importa che nella nostra legge risulta fortemente accentuato il regime unitario della revocatoria rispetto alla legge francese.

Inoltre l'art. 1235 porta due importanti aggiunte in confronto al corrispondente art. 1167 c. c. franc.. Per gli atti a titolo oneroso è richiesto che la frode risulti « dal canto di ambidue i contraenti », mentre per quelli a titolo gratuito, basta che « sia intervenuta per parte del debitore ». Infine è stata introdotta la disposizione dell'ultimo comma, che regola gli effetti della revocazione rispetto ai terzi con un opportuno regime di pubblicità, consistente nella trascrizione della domanda giudiziale di revoca. L'uno e l'altro punto erano oggetto di gravi dispute nella dottrina e nella giurisprudenza francese.

Ciò dimostra che questo è uno dei temi del diritto delle obbligazioni, in cui il codice nostro si è staccato più notevolmente da quello francese, dettando alcune norme che in complesso si possono considerare opportune.

La derivazione storica delle norme della legge italiana in tema di revoca non contenute nel codice civile non presenta interesse in una considerazione generale dell'istituto. I richiami dei precedenti legislativi saranno fatti, all'occorrenza, in occasione delle singole questioni.

---

(13) Art. 1447 c. c. franc.: « Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits; ils peuvent même intervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour la contester ». Art. 1464: « Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs créances, et accepter la communauté de leur chef ».

5. — Occorre determinare le varie ipotesi di revoca previste nella legge italiana. La norma base, come si è detto, è quella dell'art. 1235. Le altre regole talvolta rinviano esplicitamente o implicitamente ai principi posti dall'art. 1235; talaltra invece dettano alcuni principi speciali alla fattispecie da esse prevista.

Un caso evidente, sebbene implicito, di semplice rinvio è quello dell'art. 680 c. c., che autorizza i creditori e i cessionari di un partecipante alla comunione a impugnare una divisione consumata in frode delle loro ragioni. Duplice è la ragione per cui fu ritenuto necessario richiamare in questa sede la possibilità di agire in revocatoria: da un lato il dubbio, che era sorto per il diritto francese, e che si sarebbe altrimenti perpetuato nel nostro, se, concessa la tutela preventiva ai creditori mediante il diritto di opposizione alla divisione fatta senza il loro intervento, fosse ammissibile a loro favore anche una tutela attraverso la revocatoria (14); dall'altro il dubbio se si potesse chiedere la revoca di un atto meramente dichiarativo e non costitutivo, qual'è comunemente ritenuta la divisione.

Il primo libro del nuovo codice civile prevede espressamente due nuove ipotesi, nelle quali è ammessa la revoca ordinaria di cui all'art. 1235: l'art. 167 u. c. stabilisce che «i creditori del terzo costituente possono impugnare la costituzione del patrimonio familiare se fatta in frode delle loro ragioni»; e l'art. 207 u. c. che «i creditori della moglie possono impugnare la riconsegna [*scilicet* della dote già separata] compiuta in frode dei loro diritti». Entrambe queste disposizioni, in quanto si esauriscono in un semplice richiamo al disposto dell'art. 1235, sono inutili. Non si dica che, dato il carattere familiare dei negozi qui indicati, si sarebbe potuto dubitare dell'ammissibilità della revoca; si è sempre ammessa infatti la revocabilità della costituzione di dote, che è un negozio familiare, assai affine, del resto, alla costituzione del patrimonio familiare.

---

(14) PLANIOL, RIPERT, MAURY e VIALLETON (*Successions*, in *Traité* cit., IV, n. 699, p. 795) ritengono che l'assenza di opposizione o di intervento toglie ai creditori la possibilità di impugnare la divisione consumata, anche se questa è macchinata con accordo fraudolento fra tutti i condividenti: opinione oggi prevalente (ibid., citazioni di dottrina e giurisprudenza). *Contra*: AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, 5ª ed., Parigi, 1897-1922, X, § 626, testo e nota 49.

La legge non può tutelare l'attività fraudolenta dei debitori, sia pure diretta alla tutela di un interesse familiare.

Altro caso di rinvio all'art. 1235 si à nella disposizione dell'art. 708 c. co.. La dottrina francese ammette, che, oltre ai casi indicati negli art. 444, 446 c. co. franc. concernenti la revocatoria fallimentare, sia possibile esercitare la revocatoria comune in sede di fallimento, contro atti posti in essere dal fallito sia prima che dopo la cessazione dei pagamenti. Il legislatore italiano ritenne opportuno formulare espressamente questo principio nell'art. 708, che, oltre a contenere un rinvio generico all'art. 1235, pone alcune regole fondamentali che saranno discusse in seguito. Qui basti osservare che, secondo la dottrina prevalente, fondata del resto sulla lettera della legge, su questo punto certo non equivoca, l'art. 708 si riferisce ad atti sia anteriori che successivi alla cessazione dei pagamenti, in quanto quelli successivi non siano già previsti dal disposto dell'art. 709 (15).

6. — L'art. 949 c. c. à dato luogo a molte discussioni. Esso dispone che i creditori possono ottenere che la rinunzia all'eredità sia annullata a loro favore, anche se l'eredità sia già stata accettata da altri o anche se il diritto di accettare sia prescritto contro il chiamato (art. 943, 950). Interessa qui esaminare se questa disposizione concerna effettivamente un caso di revoca.

L'eredità si acquista *ipso iure*, e l'accettazione deve essere considerata come una condizione legale che conferma un acquisto già

---

(15) CUZZERI e CICU, *Del fallimento*, ne *Il codice di commercio commentato*, 5ª ed., IX, Torino, 1927, n. 244, p. 215; PAPA D'AMICO, *La pauliana nel fallimento*, *Circ. giur.* 1902, p. 246. *Contra*: BONELLI, *Del fallimento* (*Commento al Codice di Commercio*), 3ª ed. rielaborata da ANDRIOLI, I, Milano, 1938, n. 401, p. 832 ss.; RAMELLA, *Trattato del fallimento*, 2ª ed., Milano, 1915, n. 285, p. 527. In diritto francese manca una norma corrispondente all'art. 708 c. co., ma si ritiene che anche per gli atti compiuti nel periodo sospetto si possa esercitare la pauliana ordinaria: LYON-CAEN e RENAULT, *Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 5ª ed., Parigi, 1934-1936, n. 420, p. 524 ed ivi citazioni di giurisprudenza; PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2ª ed., Parigi, 1935-1938, I, n. 743 ss., p. 1013 ss., e specialmente n. 745, p. 1014 ss., ove confuta l'opinione assai diffusa che, nel caso esaminato, la pauliana conservi il suo carattere individuale.

avvenuto: questa opinione, che si pone qui come punto di partenza, è oggi largamente accolta (16). La rinunzia è una dichiarazione di volontà solenne (art. 944), con cui il chiamato si spoglia di un acquisto già avvenuto. La parte del rinunziante si accresce ai coeredi o si devolve agli ulteriori chiamati (art. 946, 948).

Se mancasse la disposizione dell'art. 949, presentandosi le ipotesi da questo previste, i creditori del rinunziante non potrebbero agire in surrogazione per la revoca della rinunzia, perchè il potere di revoca non spetterebbe più al rinunciante (17). Potrebbero invece agire in revocazione ex art. 1235, perchè, come è pacifico, anche le rinunce sono impugnabili con la revocatoria. Ma allora, per effetto della revoca della rinuncia, si riprodurrebbe la preesistente situazione di pendenza conseguente alla devoluzione dell'eredità; ed il chiamato diverrebbe, almeno rispetto ai creditori, titolare dei beni, ma non in modo definitivo; nè potrebbe essere costretto a dichiarare, a sensi dell'art. 951, se accetti o rinunzi l'eredità, perchè avrebbe già rinunziato. E pertanto, poichè la dichiarazione di accettazione è un presupposto di ogni azione verso un erede (arg. art. 951, 962), i creditori, pur avendo ottenuto la revoca della rinuncia, non potrebbero comunque agire sui beni.

Invece per effetto dell'art. 949 ai creditori è concesso, una volta ottenuto l'annullamento, in loro confronto, della rinunzia ad una eredità, «di farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e in luogo del loro debitore». A questo proposito è stato osservato esattamente, che, da un punto di vista logico, il disposto del 2° comma dell'art. 949 dovrebbe precedere il disposto del 1° comma (18).

Tale domanda di autorizzazione all'accettazione è necessaria (19) perchè i beni ereditari possano essere aggrediti, ma è logi-

---

(16) Cfr. per tutti: N. e L. COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, 4ª ed., Napoli, 1935, p. 105 ss. La concezione del RUBINO (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 73 ss.) è diversa solo formalmente da quella dei COVIELLO.

(17) SANTORO-PASSARELLI, *Recensione* a PLANIOL e RIPERT, *Traité* cit., IV, *Successions*, *Ann. dir. comp.*, VII, parti I e II, p. 290.

(18) N. e L. COVIELLO, *Successioni* cit., p. 213.

(19) Il FILOMUSI-GUELFI (*Successioni* (*diritto civile italiano*), in *Digesto italiano*, XXII, parte III, Torino, 1889-1897, n. 117) ritiene superflua questa accettazione, perchè essa sarebbe un diritto che compete ai creditori per legge per effetto della revoca della rinunzia: ma a che titolo compete? essi non pos-

camente distinta e susseguente all'annullamento. Nell'azione dell'art. 949 si devono dunque nettamente distinguere due momenti, e solo per il primo di questi può sorgere la questione se siamo in presenza di un'applicazione della revocatoria. In questo senso è da accogliere la dottrina dominante che risponde in modo affermativo (20).

Che l'azione qui prevista sia proprio una revocatoria, si argomenta — oltre a quanto si è sopra osservato — anche da ciò, che l'art. 949 contiene un esplicito accenno al *pregiudizio*, che è uno dei presupposti della revocatoria. Non sembra invece abbia gran peso l'argomento, spesso ricordato, che l'espressione *in pregiudizio* (*au préjudice* nell'art. 788 c. c. franc.) indichi in certo qual modo un'attività del rinunziante diretta consapevolmente a nuocere al creditore (21).

D'altra parte la tradizione storica è uniforme nel considerare la disposizione in esame come un caso di revoca. E si può ricordare, pure da un punto di vista storico, che l'art. 949 c. c. può essere avvicinato ad un'altra norma che prevede l'esercizio della revocatoria contro una rinuncia: il già citato art. 622 c. c. franc., in tema di rinuncia all'usufrutto in pregiudizio dei creditori.

In conseguenza è da respingere l'opinione, del resto ormai quasi abbandonata, che l'art. 949 sia un'applicazione speciale della surrogatoria (22). Tra l'altro, è stato ripetutamente osservato che non può

---

sono certo surrogarsi al debitore nell'accettazione ex art. 1234. Anche il GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, 2ª ed. del I vol., Padova, 1932-1933, I, n. 194, p. 323 considera inesplicabile l'autorizzazione all'accettazione. Sostanzialmente nel senso del testo, ma con diverse formulazioni, cfr. invece: COVIELLO, *Successioni* cit., p. 216 nota; SANTORO-PASSARELLI, *Recensione* cit., p. 290.

(20) CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Bologna, (1923), litogr., p. 88 ss., che distingue nettamente i due momenti considerati nell'art. 949; COVIELLO, *Successioni* cit., p. 213 ss.; MAIERINI, *Revoca* cit., n. 40, p. 137 ss.; FILOMUSI-GUELFI, *Successioni* cit., n. 114; ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, 2ª ed., Torino, 1915, n. 532 ss., p. 682 ss.; V. POLACCO, *Delle successioni*, 2ª ed. a cura di ASCOLI e di E. POLACCO, Milano, 1937, II, p. 398 ss.; D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padova, 1939, n. 102, p. 186 ss.. Per il corrispondente art. 788 c. c. franc., cfr. PLANIOL, RIPERT, MAURY e VIALLETON, *Successions*, nel *Traité* cit., IV, n. 261 ss., p. 332 ss.; MALLET, *La renonciation à la succession*, Parigi, 1931, n. 142, p. 170 s.

(21) COVIELLO, *Successioni* cit., pag. 215 s.; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 102, p. 187 s. Nel senso del testo, POLACCO, *Successioni* cit., II, p. 402.

(22) Di questa opinione sono parecchi autori antichi; e fra i più recenti il

darsi surroga in una facoltà che al debitore più non spetta: e l'obbiezione è decisiva.

È inconcludente poi dire che nell'art. 949 è prevista un'azione *sui generis* (23). Così non si risolve il problema, perchè non si illumina il regime dell'art. 949, e si rinuncia a stabilire un principio che consenta di applicare esattamente la legge nei casi dubbi.

In conclusione: il secondo comma dell'art. 949 contempla una revoca, per la fattispecie prevista nella prima parte del 1° comma. Quanto riguarda l'autorizzazione all'accettazione dell'eredità è estraneo alla revoca, e costituisce una particolarità determinata dalle regole della successione *mortis causa* (24).

7. — Mentre nelle ipotesi finora ricordate la revoca è stabilita in funzione di un'esecuzione eventuale, in altre ipotesi essa si inserisce in determinate forme speciali di esecuzione che sono già in atto: il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, e l'attuazione delle sanzioni civili in sede di esecuzione penale.

---

PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, 2ª ed., in *Diritto civile italiano*, parte II, I, Padova, 1935, n. 38, p. 119 ss., partendo dal presupposto che l'eredità si acquisti solo con l'adizione. Anche la Cassazione si è pronunciata in questo senso (sent. 14. 12. 1938, Leone c. Bezzi, *Giur. it.*, 1939, I, 1, 218).

(23) Secondo il PUGLIA (*Dell'azione pauliana*, Napoli, 1886, § 69, p. 101 ss.), il GROUBER (*De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, Parigi, 1913, n. 120, p. 224), il VENZI (*Note* alle *Istituzioni di diritto civile* di PACIFICI-MAZZONI, rist. 5ª ed., Torino, 1927-1929, IV, p. 506) la norma in esame conterrebbe una *contaminatio* dei principi della revocatoria e della surrogatoria. Così anche: C. 10.7.1935, Castelli c. Piacentino, *Giur. it.* 1936, I, 1, 258.

(24) All'art. 949 c. c. corrisponde l'art. 66 del progetto definitivo del terzo libro di codice civile, sotto la rubrica « Impugnativa della rinuncia da parte dei creditori »: « Se taluno rinunzia, ancorchè senza frode, ad una eredità in pregiudizio dei suoi creditori, questi possono far dichiarare inefficace la rinunzia nei loro confronti e farsi autorizzare ad accettare la eredità in nome e luogo del rinunziante al solo effetto di soddisfarsi sui beni ereditari fino a concorrenza dei loro crediti. La sentenza non pregiudica i terzi che abbiano acquistato diritti sugli immobili, anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale, da colui al quale l'eredità sia pervenuta in seguito alla rinunzia ». In tal modo la norma corrispondente all'attuale art. 949 c. c. sarà svincolata dal requisito della frode; ma tale norma, a quanto mi sembra, non dovrà considerarsi come un caso di revoca: infatti, essendo accolto il principio che l'eredità si acquista con l'accettazione (art. 3 prog. cit.), la rinunzia non potrà essere considerata come un atto che importa diminuzione delle garanzie patrimoniali.

Queste speciali situazioni influiscono notevolmente sul regime della revoca; anzi fanno sorgere il problema, che si è discusso specialmente riguardo alla revocatoria fallimentare, se addirittura si debba parlare di istituti di natura essenzialmente diversa. Il problema è certo uno dei più delicati della presente indagine, e deve essere affrontato da vari punti di vista. Per ora mi limito a riassumere il contenuto delle varie norme in questione.

La revoca nel fallimento è sistemata principalmente negli articoli 708-711 c. co., a cui bisogna aggiungere qualche altra disposizione che sarà ricordata. L'art. 707 prevede un istituto che, sebbene per la funzione si riconnetta alla revoca, ne è fondamentalmente diverso per la struttura (cfr. n. 13).

L'art. 708 si limita a ricordare che in sede fallimentare deve essere promossa la revocatoria ordinaria, in quanto ne sussistano i presupposti, e precisa che con questa sono impugnabili anche i pagamenti: disposizione che, sotto le apparenze di un semplice richiamo, à un notevole valore, proprio rispetto al regime del fallimento.

La norma più importante, quella che disciplina la revocatoria fallimentare propriamente detta, è quella dell'art. 709: certi atti di disposizione posti in essere dal debitore dopo la cessazione dei pagamenti, in quanto siano accompagnati da determinate circostanze oggettive o soggettive, si presumono, fino a prova contraria, posti in essere con frode da parte del debitore e in malafede da parte del terzo.

Bisogna ricordare alcune disposizioni che in vario modo si collegano a varie ipotesi previste negli art. 708 e 709 c. co.. Il r. d.-l. 20.12.1932, n. 1607, contenente disposizioni per la tutela delle negoziazioni di titoli e valute, dispone all'art. 5: «In ogni contratto di riporto, nel caso di fallimento del riportato, la presunzione di frode di cui all'art. 709, n. 1° codice di commercio non ha luogo se contestualmente alla stipulazione del contratto sia entrato nel patrimonio del riportato il corrispettivo dell'operazione»: in questo caso, sebbene il terzo fosse a conoscenza della cessazione dei pagamenti, non si presume la frode del debitore.

Per effetto del disposto dell'art. 9, 2° comma, della legge 10-7-1930, n. 995, sul fallimento, la presunzione di frode dell'art. 709 n. 4

si riferisce solo ai pegni e alle ipoteche (anche giudiziali (25)), costituite (e cioè non solo concesse, ma anche iscritte) sui beni del debitore non contestualmente al credito; mentre nulla è modificato per le anticresi, che dunque sono soggette alla presunzione ancorchè siano costituite contestualmente al credito.

L'art. 469 cpv. c. co. dispone: « le girate delle note di pegno non sono colpite dalla nullità sancita nell'art. 709, se non quando sia provato che il giratario conosceva lo stato di cessazione dei pagamenti del girante ». Lo scopo politico della norma è quello di facilitare la circolazione del titolo. In mancanza della norma stessa, la fattispecie in essa prevista rientrerebbe in pieno nell'art. 709 n. 4, perchè il giratario della nota è investito di un diritto di pegno; per effetto dell'art. 469 c. co., invece, la presunzione di frode di cui all'art. 709 à luogo soltanto rispetto al creditore girante; l'onere della prova della malafede del giratario grava sul curatore agente, come nell'ipotesi dell'art. 708. Si à in sostanza una limitazione dell'ambito dell'art. 709 (26).

Un'altra disposizione si deve ricordare, che invece estende l'applicabilità dell'art. 709 ad un'ipotesi che l'interprete non vi avrebbe potuto comprendere: l'art. 27, u. c., del r. d. 27-8-1936, n. 1531, assoggetta alla revocatoria di cui all'art. 709 la prestazione ottenuta a seguito di decreto di ingiunzione, quando questo « sia divenuto definitivamente esecutivo per mancanza di tempestiva o di valida opposizione, o di iscrizione a ruolo o di comparizione all'udienza ovvero a seguito di perenzione o rinuncia agli atti ». L'anormalità del processo che à portato al decreto d'ingiunzione si riflette eccezionalmente sull'efficacia del pagamento eseguito in forza del provvedimento giudiziale accennato: disposizione che sarà più ampiamente commentata in seguito (27).

---

(25) È risolta così con un'interpretazione autentica (su questo carattere della legge citata nel testo, cfr. C. 12. 1. 1931, Fall. Ditta Gemma c. Gemma, *Foro it.* 1931, I, 73) la questione se anche tali ipoteche fossero soggette alla presunzione di frode a sensi dell'art. 709 n. 4; vedi i termini del problema — che ora à solo interesse storico — in BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 447, p. 956 ss.

(26) Un'interpretazione alquanto diversa dell'art. 469, in relazione coll'art. 709 c. co., in NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1934-1935, I, n. 273 *ter*, p. 335 s.

(27) Il carattere innovativo della disposizione sembra evidente. Non si

L'art. 710 c. co. non è che una precisazione del disposto dell'art. 709 n. 4: posta la liceità della concessione d'ipoteca, non si può nemmeno discutere della liceità dell'iscrizione relativa. La norma non è bene formulata: infatti le iscrizioni, se effettuate dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, non tanto sono escluse dalle disposizioni sulla revocatoria, quanto sono in sè inutilmente prese, perchè i beni del fallito sono già oggetto di esecuzione collettiva.

L'art. 711 c. co., in tema di pagamenti di cambiali avvenuti durante il periodo sospetto, completa il disposto dell'art. 709, n. 1 e ultimo comma, e dell'art. 708 (28). Non à invece alcun nesso con l'art. 709 n. 3, poichè questo esclude la presunzione di frode in caso che i pagamenti siano effettuati con effetti di commercio.

Secondo l'art. 711, l'azione del curatore per la restituzione del denaro, in seguito alla revoca del pagamento della cambiale, si deve promuovere non contro colui che à ricevuto il pagamento, ma direttamente e solo contro l'ultimo obbligato in via di regresso, che avesse cognizione della cessazione dei pagamenti del debitore cambiario al tempo in cui venne tratta o girata la cambiale.

Questa norma deriva dall'esigenza di conciliare il sistema revocatorio con quello delle garanzie cambiarie. Mentre in genere il creditore che à ricevuto il pagamento, in seguito alla revoca dello stesso riacquista le garanzie che accompagnavano il suo credito (art. 2031, applicabile anche alla pronuncia di revoca), il creditore cambiario che à ricevuto il pagamento non può più riacquistare la garanzia cambiaria in confronto degli obbligati in via di regresso, poichè la conservazione di detta garanzia è subordinata alla constatazione del mancato pagamento mediante il protesto, da elevarsi nel termine di due giorni feriali seguenti al giorno in cui la cambiale è pagabile (art. 51, 3° comma, legge cambiaria), ciò che nel caso non è possibile. Perciò la legge, per tutelare chi à ricevuto il pagamento, dispone che la revoca, pronunciata contro di lui, sia direttamente efficace anche contro colui che à acquistato il titolo

---

intende come nella relazione al Senato sul disegno di legge sia detto che la norma in esame à soltanto lo scopo di evitare dubbi e incertezze.

(28) Il Bonelli, *Fallimento* cit., n. 462, p. 980, riferisce la fattispecie dell'art. 711 solo al disposto dell'art. 709, poichè ritiene, come è detto al n. 5, testo e nota 15, che l'art. 708 non si possa applicare ad atti avvenuti dopo la cessazione dei pagamenti.

in malafede: e da questo il curatore, ottenuta la revoca, deve ripetere il denaro del pagamento (29).

8. — Importanti norme sulla revocatoria si trovano in alcune leggi speciali per le liquidazioni coattive amministrative (30).

Il r. d.-l. 17-7-1937, n. 1400, contenente disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia, nell'art. 68, 2° comma, dispone che la sentenza, la quale dichiari lo stato di cessazione dei pagamenti di un'azienda di credito, « rende applicabili le disposizioni degli art. 707 capoverso, 708, 709, 710 e 711 codice di commercio e dell'art. 9, secondo comma, della legge 10 luglio 1930, n. 995 ». Così è recepita la revocatoria fallimentare ordinaria nel regime della liquidazione coattiva dell'azienda di credito.

È noto che la liquidazione, diversamente dal fallimento delle società commerciali (art. 847, 1° comma, c. co.), non determina il fallimento del socio illimitatamente responsabile, nè si estende al suo patrimonio.

Tuttavia è prevista, a tutela dei creditori sociali, una speciale revocatoria contro gli atti di disposizione del socio, diretti allo scopo di sottrarre i suoi beni alla soggezione alla responsabilità illimitata. Dispone di fatti l'art. 74, 4° comma: « Nel caso in cui abbia avuto luogo la dichiarazione di stato di cessazione dei pagamenti da parte della società, si presumono fatti in frode ai creditori della società, e in mancanza della prova contraria sono annullati rispetto alla massa degli stessi creditori, qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti: *a*) gli atti, i pagamenti e le alienazioni di cui al comma 2°, numeri 1° e 2°, dell'art. 707 del Codice di commercio, compiuti dal socio; *b*) gli atti ed i contratti commutativi compiuti dal socio, in cui i valori dati o le obbligazioni assunte sorpassino notevolmente ciò che gli è stato dato o promesso;

(29) Sulle varie questioni sollevate dall'art. 711, vedi l'ampio commento del BONELLI, *Fallimento* cit., n. 462 ss., p. 980 ss.

(30) Sull'argomento, in generale, cfr.: COLLI, *Le liquidazioni coatte amministrative*, Milano, 1936, spec. n. 65, p. 83 ss.; AUGENTI, *Amministrazione straordinaria e liquidazione coatta delle aziende di credito*, *Dir. e prat. comm.* 1938, I, 277 ss., 349 ss.; FRAGOLA, *La liquidazione coatta delle aziende*, Napoli, 1939, p. 45 ss.

c) i pegni e le ipoteche costituiti sui beni del socio, quando la costituzione non sia contemporanea al sorgere del credito ».

Se la liquidazione abbia luogo a seguito del solo decreto di messa in liquidazione, secondo l'art. 73, u. c., i commissari liquidatori, nominati a sensi dell'art. 67, 5° comma, « hanno... facoltà di esercitare nell'interesse della massa creditrice, l'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 1235 del codice civile, per gli atti compiuti dai soci responsabili senza limitazione ».

In questa legge sono dunque previste: la revocatoria comune in sede di liquidazione, quando non sia stata dichiarata la cessazione dei pagamenti; e due specie di revocatorie in caso di dichiarazione di cessazione dei pagamenti: precisamente è recepita la revocatoria fallimentare riguardo agli atti di disposizione della stessa azienda di credito in liquidazione; mentre è istituita una nuova revocatoria, con regole meno severe (ad es., per gli atti gratuiti vi è solo una presunzione relativa di frode), riguardo agli atti di disposizione dei soci illimitatamente responsabili.

Un regime analogo è disposto dal r. d. 26-8-1937, n. 1706, contenente il testo unico delle leggi sulle casse rurali ed artigiane. L'articolo 38 di tale testo unico dispone che, se sia stata dichiarata la cessazione dei pagamenti di una Cassa rurale ed artigiana, si applicano gli art. 68 e 69 del r. d.-l. 17-7-1937, n. 1400 sopra citato; e, per quanto riguarda i soci sia limitatamente che illimitatamente responsabili, riproduce letteralmente il disposto dell'art. 74, 4° comma, del detto decreto-legge, salvo che alla lett. *a*) sono eliminate le ultime tre parole « responsabile senza limitazione » ed è aggiunto un ultimo comma diretto a esonerare il socio limitatamente responsabile dagli effetti di questa revocatoria, se abbia versato interamente la somma per cui era obbligato, oppure se offra garanzie per il versamento stesso (31).

Altre norme in tema di liquidazioni coatte si limitano invece a disporre che la sentenza con cui si dichiara lo stato di cessazione dei pagamenti della società rende applicabili le ricordate disposizioni

---

(31) È da rilevare che questa disposizione del testo unico modifica in modo notevole l'art. 23, comma 4° e 5°, della *legge* 6. 6. 1932, n. 653, sull'ordinamento delle Casse rurali ed agrarie: ciò è stato fatto evidentemente per mantenere la via tracciata dal decreto-legge sulle aziende di credito, ma è a dubitare della costituzionalità della modifica.

sulla revocatoria fallimentare (così l'art. 5, 3° comma, r. d.-l. 15-6-1933, n. 859, recante provvedimenti relativi all'Istituto per la ricostruzione industriale, e l'art. 2, 1° comma, r. d.-l. 17-1-1935, n. 2, recante norme speciali per la liquidazione delle società anonime e in accomandita per azioni, verso le quali lo Stato abbia crediti notevolmente superiori al capitale azionario).

È dunque sorta una nuova revocatoria, riguardante la posizione dei soci di determinate società, a cui è applicabile la liquidazione coatta amministrativa invece del fallimento. Tale revocatoria è analoga a quella fallimentare, in quanto è fondata su una presunzione relativa di frode, per atti avvenuti dopo la cessazione dei pagamenti; ma, a differenza di quella fallimentare, comprende anche gli atti a titolo gratuito ed i pagamenti antecipati indicati nell'art. 707, 2° comma, e, delle varie ipotesi previste dall'art. 709, comprende solo quelle indicate nei numeri 2 e 4, quest'ultima con la precisazione derivante dall'art. 9, 2° comma, della legge 1930 sul fallimento, e con esclusione dell'anticresi.

9. — Simile alla disciplina della revoca fallimentare è quella della revoca penale (32), diretta a rafforzare l'attuabilità delle sanzioni civili del reato (art. 185 ss. c. p.). Come la sentenza dichiarativa di fallimento, così la sentenza penale di condanna è condizione legale necessaria perchè la revoca si possa esercitare col regime processuale più favorevole derivante dalle norme specifiche contenute rispettivamente negli art. 708 ss. c. co. e negli art. 193 e 194 c. p..

Si vedrà come esuli dalla revocatoria il disposto dell'art. 192 c. p., concernente gli atti a titolo gratuito compiuti dal colpevole dopo il reato (cfr. n. 13).

Invece l'art. 193 c. p. prevede una revocatoria analoga a quella dell'art. 709 c. co. (presunzione relativa di frode), per gli atti a titolo oneroso eccedenti la semplice amministrazione ovvero la gestione dell'ordinario commercio compiuti dopo il reato; e l'art. 194

---

(32) Su questo istituto in genere cfr., oltre ai trattati, G. B. FERRI, *I nuovi aspetti della pauliana nel codice penale, Riv. pen.* 1931, 573; COCURULLO, *Quali la natura e i limiti di applicazione degli art.* 192, 193 *e* 194 *c. p. del* 1930, *Sinossi giur.*, fasc. 496, art. 194, n. 4 s.; ARCURI, *Degli atti fraudolenti compiuti dal colpevole prima e dopo il reato,* Castrovillari, 1932; VALENTI, *L'azione revocatoria a difesa delle sanzioni civili del reato, Riv. dir. civ.* 1933, 105 ss.

c. p. una revocatoria analoga a quella degli art. 1235 c. c. e 708 c. co., per gli atti a titolo oneroso, eccedenti la semplice amministrazione ovvero la gestione dell'ordinario commercio, o a titolo gratuito, compiuti non oltre un anno prima del reato. L'art. 195 c. p. rinvia alle leggi civili per le regole sui diritti dei terzi: disposizione manifestamente superflua.

Le norme sulla revocatoria penale devono essere tenute in gran conto per l'interpretazione delle varie regole sulla revocatoria in genere, perchè tali norme sono entrate in un codice — e tale collocazione deve farle ritenere assai più meditate di quelle disposte in altre leggi più recenti — dopo che una lunga elaborazione dottrinale e pratica si è svolta intorno ai principi dei codici civile e commerciale. Alle disposizioni degli art. 193 e 194 c. p. si deve perciò riconoscere un certo carattere d'interpretazione autentica, per quanto attiene al regime generale della revocatoria.

10. — L'opposizione revocatoria, considerata dall'art. 512 c. p. c. sotto la rubrica dell'opposizione di terzo, deriva alla legge italiana dai codici sardi (33). Si tratta di un istituto di natura assai controversa.

A giudicare dalla collocazione dell'art. 512, l'opposizione dei creditori di una delle parti contro una sentenza derivante da dolo o collusione a loro danno, può sembrare come una specie dell'opposizione del terzo, prevista in genere nell'art. 510, la quale venga in considerazione solo in quanto è soggetta ad un termine perentorio. Ma, se si considera che la legittimazione attiva a questa speciale opposizione spetta al creditore, e che al pregiudizio, requisito indefettibile di ogni specie di opposizione del terzo, si aggiunge il requisito specifico del dolo o della collusione delle parti a danno

(33) Per la storia dell'opposizione del terzo, cfr. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft,* Lipsia, 1900, p. 3 ss., p. 54 ss., e GALLUPPI, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze,* Torino, 1895, n. 8 ss., p. 9 ss. L'opposizione di terzo, già conosciuta nella pratica del diritto comune italiano, ebbe un primo regolamento legislativo, sebbene assai confuso, nel *Code Louis* del 1667. Oggi nel c. p. c. francese manca ogni accenno ad un'opposizione revocatoria nell'ambito dell'opposizione del terzo (art. 474 ss.) o accanto ad essa. Ogni forma di opposizione di terzo è sconosciuta nel diritto tedesco.

del creditore, requisiti manifestamente corrispondenti all'*eventus damni* e al *consilium fraudis,* si è tratti a spiegare il disposto dell'art. 512 come l'adattamento della revocatoria all'impugnazione del giudicato. E che tale sia la funzione dell'istituto è opinione dominante (34).

Il problema, che è stato risolto coll'accogliere nella nostra legge l'istituto dell'opposizione revocatoria dei creditori, è quello della reazione contro un abuso nell'esercizio del potere dispositivo della parte nel giudizio. È possibile che le parti usino di questo potere non per ottenere una giusta composizione della lite, ma per danneggiare un terzo, sottraendogli una garanzia patrimoniale mediante l'effetto giuridico della sentenza (35). Tale attività riuscirebbe assai pericolosa per i creditori, in quanto la sentenza, non essendo atto delle parti ma provvedimento del giudice, pur servendo da un lato come strumento della volontà delle parti, dall'altro, per la sua stessa natura, resterebbe, in mancanza della norma in esame, immune da ogni reazione del creditore danneggiato. Come succede nel diritto tedesco, in cui la dottrina ammette una *Anfechtung* di determinati atti processuali fraudolenti, ma non della sentenza ad essi eventualmente seguita (36).

Naturalmente quella reazione del creditore, che si attua con un'azione se è diretta contro l'atto di un privato, deve diventare impugnazione quando è diretta contro una sentenza, ed essere perciò soggetta al regolamento delle impugnazioni in genere ed in ispecie di quella impugnazione nel cui schema rientra (competenza, grado, termini) (37). Così la revocatoria, in quanto è diretta contro una

---

(34) GALLUPPI, *Opposizione* cit., n. 194 ss., p. 271 ss.; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1923, p. 1016; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1934-1935, II, n. 410, p. 586; S. SATTA, *L'esecuzione forzata* cit., n. 173, p. 419 s.; LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, *Riv. dir. proc. civ.* 1927, I, n. 3, p. 94 ss.

(35) Cfr. sulla nozione del processo fraudolento GUARNERI-CITATI, *Il dolo processuale bilaterale*, *Annali Messina*, II, 1928, n. 21, p. 66 ss.. Non intendo perchè il BETTI (*Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, n. 219, p. 723) affermi che la sentenza contro cui si dirige l'opposizione revocatoria debba essere *in se stessa* ingiusta.

(36) Cfr. E. JAEGER, *Die Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens*, 2ª ed., Berlino, 1938, § 1, note 36 e 38, § 3, nota 7.

(37) CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., II, n. 410, p. 586.

sentenza, diventa una specie dell'opposizione di terzo, ed è soggetta a tutte le regole di questa, nonchè ad uno speciale termine di decadenza (art. 512). Resta da spiegare come l'atto impugnato sia non più un atto del debitore, ma un provvedimento del giudice: su ciò in seguito (n. 54).

Recentemente il Carnelutti à sostenuto che l'opposizione revocatoria è una specie di revocazione (art. 494 c. p. c.) e non di opposizione di terzo (38). Mi pare che non si possa seguire questo insegnamento. Esso in primo luogo è contrario alla lettera della legge, la quale comprende l'art. 512 sotto la rubrica «dell'opposizione del terzo», e nello stesso articolo indica la revocatoria in esame appunto col nome di opposizione. Inoltre è carattere comune all'opposizione di terzo ex art. 510 e all'opposizione revocatoria, questo, che nell'un caso e nell'altro l'impugnativa è data al terzo, in quanto pregiudicato da una sentenza. Invece, i caratteri comuni alla revocazione o all'opposizione revocatoria non possono essere che questi due: uno sostanziale, ed è che la prima *in un'ipotesi* (art. 494 n. 1) è fondata sul dolo di una parte (ma a danno dell'altra), e la seconda è sempre fondata sul dolo o sulla collusione delle parti (ma a danno dei creditori); l'altro puramente formale: entrambe le impugnazioni sono soggette allo stesso termine perentorio (art. 497, 512).

Ora, poichè è evidente che a questa coincidenza dei termini, in cui è concessa l'impugnazione, non si può attribuire valore alcuno nella costruzione dell'istituto, si deve vedere quale sia la portata dell'altro carattere comune. Il dolo di una parte a danno dell'altra (39) importa una grave anomalia intrinseca del giudizio, anomalia di tipo simile alle altre indicate nell'art. 494: mentre il dolo o la collusione delle parti a danno di un terzo prevista nell'art. 512 non importa un'anomalia del giudizio, allo stesso modo che l'alienazione fraudolenta non è un negozio viziato; e perciò l'ipotesi dell'opposizione revocatoria deve considerarsi estranea all'istituto della revocazione.

D'altra parte, se per l'opposizione di quei terzi che sono i cre-

---

(38) *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936-1939, II, n. 505, p. 609 ss.; n. 597, p. 619 s.

(39) Si è osservato che, *nell'ipotesi dell'art.* 494 n. 1, la bilateralità «non solo non è un'aggravante del dolo processuale, ma è addirittura la sua vera e propria discriminante» (CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, *Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, n. 5, p. 141).

ditori è richiesto un *plus* (dolo o collusione), rispetto al solo pregiudizio, sufficiente per l'opposizione di altri terzi che la legge non determina, ciò vuol dire soltanto che i creditori son meno protetti di questi altri terzi; che cioè, in assenza di dolo o collusione, i creditori sono dei terzi legittimamente sacrificati. Ma resta sempre, come presupposto comune delle due specie di opposizione, la necessità del pregiudizio: esso integra per sè gli estremi di una pura e semplice *lesione* del titolare di diritti incompatibili con quelli accertati dalla sentenza (40); mentre concorre, quale elemento oggettivo, insieme coll'elemento soggettivo — dolo o collusione — a dar corpo all'illecito su cui è basata l'opposizione dei creditori come la revocatoria comune.

Come applicazione dell'opposizione revocatoria si deve ricordare anche quanto dispone l'art. 204 c. c. l. I, in tema di separazione della dote. Questo articolo à il suo precedente storico immediato nell'art. 1422 c. c. 1865 e questo, a sua volta, nell'art. 1447 c. c. franc. concernente, per altro, la separazione dei beni nella comunione fra coniugi. L'effetto della separazione della dote è quello indicato dall'art. 206: la moglie à la libera amministrazione dei beni, pur non cessando questi di essere soggetti al vincolo dotale (41).

Ai creditori del marito è concessa la revocatoria, perchè si possano soddisfare sui frutti della dote, che spettano al marito (42). Il reclamo previsto nell'art. 204 assume la veste di opposizione ex art. 512 c. p. c., perchè si tratta di impugnare una sentenza.

L'art. 27, 2° comma, del r. d. 7-8-1936, n. 1531, ammette la impugnazione prevista nell'art. 512 c. p. c. contro il decreto d'ingiunzione divenuto esecutivo.

L'opposizione revocatoria sarà studiata nelle singole parti di questo libro per quanto riguarda i presupposti e gli elementi che à comuni con la revocatoria in genere; non per quanto concerne il regolamento processuale dell'istituto.

---

(40) Carnelutti, *Sistema* cit., II, n. 591, p. 602; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, n. 191, p. 315 s.; Betti, *Diritto processuale* cit., n. 219, p. 723.

(41) G. Tedeschi, *I rapporti patrimoniali dei coniugi*, in Vassalli, *Trattato di diritto civile italiano*, III, tomo I, Torino, 1937, n. 168, p. 577 ss.; Amiconi, *La separazione della dote*, Padova, 1932, p. 85 ss.

(42) Butera, *Azione pauliana* cit., n. 93, p. 395; E. Bianchi, *Del contratto di matrimonio*, 2ª ed., Torino, 1914, n. 303, p. 458.

11. — È molto interessante ai fini di questo studio l'art. 687 c. p. c., sull'efficacia delle locazioni fatte dal debitore espropriato, rispetto all'aggiudicatario, nella vendita forzata. Esso dispone nel secondo comma: « La locazione non è mantenuta se sia stata fatta in frode. La frode si presume se il fitto sia inferiore d'un terzo a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti ». Un'altra figura di revocatoria (43)?

Certamente vi è un nesso fra questa disposizione e quella dell'art. 1235; ma, per sapere se siamo davanti ad un caso della revoca di cui parliamo, bisogna stabilire innanzi tutto se all'azione prevista nell'art. 687 c. p. c. siano legittimati i creditori. Secondo la lettera della legge sembra che all'azione indicata sia legittimato l'aggiudicatario dei beni, e solo lui: se così fosse, si dovrebbe senz'altro escludere che si tratti di una revocatoria, in quanto l'azione sarebbe diretta alla tutela di un diritto che certo non è il diritto di credito.

Per conoscere, oltre la lettera della legge, la posizione dei creditori in relazione alla frode indicata nell'art. 687 c. p. c., occorre aver determinato entro che limiti ed a quale scopo essi possano impugnare una locazione con la revocatoria, a prescindere dall'art. 687 c. p. c., poichè è evidente che questo contempla solo l'ipotesi speciale che l'azione venga proposta dopo l'inizio della procedura esecutiva; perciò la soluzione del problema si deve rinviare (cfr. n. 64).

In ogni caso, sembra certo che nell'art. 687, 2° comma, la frode venga in considerazione quale elemento soggettivo di un illecito. Dottrina e giurisprudenza considerano assoluta la presunzione di frode, nel caso che il canone risulti inferiore di (almeno) un terzo

---

(43) Distinguono l'azione di cui all'art. 687 dalla revocatoria, ma con notevoli divergenze fra loro: MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di* *Pro-* *procedura civile*, 5ª ed., Milano, 1923, V, n. 308, p. 455 s.; CARNELUTTI, *Esecu-* *cesso di esecuzione*, Padova, 1929-1931, II, n. 374, p. 388 s.; PUGLIATTI, *Esecu-* *zione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, n. 86, p. 349 ss.; SATTA, *Esecuzione* cit., n. 124, p. 339 s., implicitamente; C. 18. 11. 1933, Di Matteo c. Di Dato, *Foro it.* 1934, I, 412. Identificano sostanzialmente l'azione in esame con la revocatoria: GALLUPPI, *Opposizione* cit., n. 194 ss., p. 271 ss.; e, sembra, A. Catanzaro 5. 12. 1933, Capoferro c. Leuzzi, *Calabria giud.* 1934, 31, che ritenne non costituire domanda nuova il fatto di chiedere in appello in subordine l'annullamento della locazione ex art. 1235, dopo averlo chiesto in prima sede in base alla presunzione dell'art. 687 c. p. c.

a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti (44); e comunemente si nega che occorra provare la frode del conduttore (45).

12. — Sono da esaminare alcune norme di dubbio significato, che a mio parere sono tutte estranee alla revoca. La disposizione da cui forse sorgono le incertezze più gravi in proposito è l'art. 2112 c. c., identico all'art. 2225 c. c. franc., che dà ai creditori e ad altre persone interessate un rimedio contro il fatto che il debitore o proprietario *rinunci* ad opporre la prescrizione, rispettivamente estintiva o acquisitiva.

Senza ripetere qui i vari argomenti riguardo alle questioni sollevate da questo articolo, e cioè se esso si riferisca ad una surrogatoria (46), o a una revocatoria (47), o all'una e all'altra insieme (48), o ponga un istituto autonomo (49), mi limito ad alcuni cenni sulla interpretazione che mi sembra più fondata.

Si deve innanzitutto escludere che si tratti di una revoca per frode. Difatti, a opporre la prescrizione, a sensi dell'art. 2112, sono le-

(44) MORTARA, *Commentario* cit., V, n. 308, p. 456; A. Torino 6. 11. 1936, Bisio c. Oddicini, *Giur. tor.* 1937, 140; A. Milano 29.12. 1936, Giambelli c. Antona, *Foro Lomb.* 1936, II, 288; A. Bologna 28. 12. 1936, Mambriani c. Merli, *Temi em.* 1937, 70; C. 18. 11. 1933, Di Matteo c. Di Dato, *Foro it.* 1934, I, 412. La ragione di quest'opinione deriva dal disposto dell'art. 1353. *Contra*, con una vecchia corrente giurisprudenziale, GIORGI, *Teoria generale delle obbligazioni*, rist. 7ª ed., Torino, 1927-1930, II, n. 290, p. 405 s.; MAIERINI, *Revoca* cit., n. 70, p. 261.

(45) MORTARA, op. l. cit.; A. Milano 29. 12. 1936 cit.; A. Brescia 21. 3. 1934, Bonizzoni c. Secondi, *Foro it.* 1934, II, 134. *Contra*: CARNELUTTI, *Processo di esecuzione* cit., II, n. 374, p. 388 s.

(46) Opinione di una vecchia dottrina francese, ripresa dal PUGLIA, *Azione pauliana* cit., § 72, p. 107 s.

(47) Opinione dominante da noi e in Francia: ATZERI-VACCA, *Rinunzie* cit., n. 555, p. 704; PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, 4ª ed., Torino, 1921, n. 287, p. 547; N. STOLFI, *Diritto civile*, Torino, 1919-1934, III, n. 807; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, I, in BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it. di BONFANTE, PACCHIONI e SRAFFA, Milano, s. d., n. 694, p. 741; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN e RADOUANT, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 941, p. 245.

(48) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 74, p. 284 s., ed ivi dottrina francese meno recente; ZACHARIAE e CROME, *Manuale del diritto civile francese*, trad. BARASSI, Milano, 1907-1909, I, § 147 nota 4, p. 393.

(49) D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 106, p. 199.

gittimati non solo i creditori, ma anche tutti gli altri soggetti interessati; mentre è una regola certissima della revocatoria, che essa spetta sempre e solo ai creditori (cfr. n. 34). D'altra parte non è richiesta nell'art. 2112 la prova nè del pregiudizio nè della frode; e nemmeno una pronuncia del giudice su domanda dell'interessato (50).

All'argomento sicurissimo derivante da questa completa diversità di presupposti fra l'art. 2112 e l'art. 1235, si possono aggiungere, ad escludere la sussistenza d'una revoca, anche alcune osservazioni di carattere storico. Mentre i lavori preparatori del nostro codice non contengono accenni all'art. 2112, in quelli del codice francese, rispetto alla norma corrispondente, vi è un chiaro riferimento alla surrogatoria (51). Si è anche ricordato che l'art. 2225 c. c. franc. fu tratto da questo passo di Dunod de Charnage: «Si celui qui a prescrit négligeait de s' en prévaloir, ses créanciers pourraient le faire, parce que la prescription forme un droit acquis dont on ne peut s'en dépouiller au préjudice de ses créanciers» (52). Da ciò si è inferito che l'articolo in questione presuppone non tanto un formale atto di rinunzia (come torna a pretendere invece una recente dottrina (53)), ma una semplice astensione, che duri ancora nel momento in cui i creditori intervengono (54). Si potrebbe osservare in contrario che, siccome l'art. 2111 considera anche una rinuncia in forma espressa,

---

(50) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 93 s.

(51) Disse il Bigot-Préameneu al Corpo legislativo: «La prescription établit ou la libération ou la propriété; or les créanciers peuvent, ainsi qu'on l'a démontré au titre *des obligations*, exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne; la conséquence est que les créanciers ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise peuvent l'opposer, quoique le débiteur ou le propriétaire y renonce» (Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de France*, Parigi, 1827-1832, XVI, n. 4, p. 562).

(52) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 12ª ed., Parigi, 1932, I, n. 2716, p. 943.

(53) D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., n. 106, p. 198, ma senza dimostrare.

(54) Planiol, op. l. cit., il quale ritiene tuttavia che l'art. 2225 c. c. franc. non si riferisca ad una surrogatoria. Bisogna però riconoscere (in relazione a quanto è detto in seguito nel testo) che l'argomento, tratto dal Planiol dall'uso del tempo presente (*vi rinunci*) a sostegno della sua opinione, è piuttosto debole: il tempo presente è adoperato anche nell'art. 949 c. c. it. (= 788 c. c. franc.), che pure presuppone certo una rinuncia già consumata.

e, in quanto tale, un vero e proprio negozio di disposizione (55), anche questa rinunzia-negozio deve ritenersi compresa nell'art. 2112; e che contro un atto di disposizione non può essere data altra azione che la revocatoria. Ma questa osservazione non solo non terrebbe conto dell'obbiezione fondamentale relativa alla totale mancanza dei presupposti della revoca nell'art. 2112, ma anche farebbe affidamento eccessivo in una interpretazione sistematica, che nella nostra legge è invece di assai dubbio valore.

Mi sembra che il solo modo di inquadrare nel sistema della nostra legge l'art. 2112 sia quello di sottoporlo ad un'interpretazione restrittiva; più restrittiva ancora di quella che assegna ad esso il presupposto di una mera inattività. Deve trattarsi di un'inattività processuale.

La norma dell'art. 2112 deriva dal principio che la prescrizione opera solo se sia eccepita da chi può trarne vantaggio (art. 2109); l'eccezione di prescrizione, come la rinuncia all'eccezione, può essere processuale o extraprocessuale. A mio avviso l'art. 2112 considera appunto la rinuncia tacita processuale, o meglio la mancata eccezione di prescrizione in un giudizio fra il soggetto a cui favore si è compiuta la prescrizione ed un terzo. Allora ogni interessato può intervenire per supplire all'inattività del soggetto stesso: surrogazione in un'attività meramente processuale. Ciò è conforme alla norma che un interessato qualunque può intervenire *ad adiuvandum* in una lite fra terzi (art. 201 c. p. c.). Se invece si è avuto un negozio processuale o extraprocessuale di rinunzia, la prescrizione non può essere opposta da alcuno (arg. art. 2110). Solo i creditori potranno agire contro il negozio con la revocatoria in base agli ordinari presupposti di questa; non con la surrogatoria, poichè il debitore à già esercitato definitivamente il suo diritto.

È conforme ai principi che, allora, gli altri terzi non possano in alcun modo reagire contro un negozio che è per essi *res inter alios acta*, anche se ne siano stati pregiudicati.

13. — L'art. 707, 2° comma, c. co. è disposizione che à dato molto filo da torcere agli interpreti; e il dubbio più grave che essa

(55) FADDA e BENSA, *Note* a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ristampa, Torino, 1924-1926, IV, p. 379 s.

solleva consiste appunto in ciò, se ci si trovi di fronte a una revoca, o ad un istituto di diversa natura.

Di fatti, da un lato il disposto dell'art. 707, 2° comma, si riconnette a quello del 1° comma dello stesso articolo, che stabilisce un'indisponibilità a carico del fallito; dall'altro, in quanto riguarda atti avvenuti prima della dichiarazione di fallimento, à molte analogie con le norme previste negli art. 708 e 709. L'art. 707, 2° comma, corrisponde all'istituto che è chiamato *Schenkungsanfechtung* dalla dottrina tedesca (§ 32 della *Konkursordnung*, § 3 n. 3 e 4 dell'*Anfechtungsgesetz*).

Oggi è opinione prevalente che la nullità prevista nella disposizione in esame non operi *ipso iure*, ma solo in seguito ad azione del curatore (56); e che l'azione del curatore sia una revocatoria, anche se non è richiesta la prova nè dell'*eventus damni* nè della frode, che sarebbero presunti *iuris et de iure* (57). Un'altra dottrina invece fa derivare la nullità accennata nell'art. 707 da una indisponibilità, originata dall'insolvenza (58).

Credo esatto che la presunzione assoluta di frode sia stata storicamente la *ratio legis* della norma in questione. Gli atti indicati nell'art. 707, 2° comma, date le circostanze in cui sono stati posti in es-

---

(56) BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 379. p. 789; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, rist. 2ª ed., Torino, 1924, II, n. 388, p. 630; NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 246 s., p. 304 s. Per la dottrina francese, riguardo al corrispondente art. 446 c. co. franc., cfr.: PERCEROU, *Faillite* cit., I, n. 574 *bis*, p. 764 s.. Secondo l'ANDRIOLI (*Azione revocatoria* cit., n. 23, p. 96 ss.) il processo di revoca nell'ipotesi dell'art. 707, 2° comma, si inizia con l'accertamento della retrodatazione dei pagamenti.

(57) BONELLI, *Fallimento* cit., n. 379 ss., p. 788 ss.; N. COVIELLO, *Trascrizione* cit., II, n. 388, p. 628 ss.; NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 246, p. 304 s.; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 23, p. 90 s.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 144, p. 268 s. Quanto all'art. 446 c. co. franc., cfr. LYON-CAEN e RENAULT, *Faillite* cit., I, n. 320, p. 389.

(58) ALFR. ROCCO, voce *Fallimento*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, Milano, 1903-1939, III, n. 33; PAPESCHI, *Sulla teorica generale dell'azione revocatoria fallimentare*, *Dir. comm.*, VI, 1914, p. 223 ss.; CASANOVA, *Disciplina giuridica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, Pisa, 1933, n. 12, p. 66 ss.. Fa invece riferimento ad una limitata protezione del diritto trasmesso anche a proposito dell'art. 707, 2° comma, c. co., l'AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 67 ss., p. 143. Queste dottrine, in quanto poste a fondamento della revoca propriamente detta, saranno discusse più avanti (n. 23).

sere, furono considerati così probabilmente fraudolenti, che il legislatore ritenne più giusto che gli effetti ne possano essere eliminati senza alcuna prova. Ma in tal modo, si è osservato, la frode non è più il *fundamentum actionis* (59), che è diventato puramente oggettivo. Così è successo che l'azione del curatore à la forma e gli effetti della revoca (60), ma ne à perduto il fondamento.

Perciò la teoria già ricordata, che vede questo fondamento in un'indisponibilità, non è molto lontana dal vero. In realtà si tratta di una questione di limiti. Dalla revocatoria civile, tutta imperniata sulla frode, alla fallimentare ove la frode è presunta fino a prova contraria, all'azione ex art. 707, 2° comma, in cui la frode è presunta *iuris et de iure,* e perciò non à più una rilevanza propria, all'indisponibilità di cui all'art. 707, 1° comma, vi è una gradazione ascendente di sanzioni. Ma nell'art. 707, 2° comma, si può parlare di una vera e propria indisponibilità ? Come vi può essere una indisponibilità che produce il suo effetto solo al verificarsi di una *condicio iuris* (la dichiarazione di fallimento), ed in seguito ad un'azione del curatore ?

Fu osservato che per poter far capo al concetto di indisponibilità occorre ritornare a quella spiegazione della dottrina del diritto statutario, che giustificava la nullità come un effetto retroattivo del fallimento, rispetto ad un periodo, in cui si poteva considerarlo sostanzialmente già iniziato (61). Ciò è esatto, ma non sembra ancora sufficiente; poichè la retrodatazione della cessazione dei pagamenti non può avere la virtù di far venir meno per il passato il potere di disposizione, specialmente quando si consideri che c'è di mezzo anche l'interesse del terzo. A mio avviso si deve ricorrere anche qui a quel concetto di finzione giuridica, a cui tante volte ci si deve richiamare. Il legislatore muta coscientemente una realtà di fatto; considera, per quello speciale effetto, come se fosse già fallito un com-

---

(59) BONELLI, *Fallimento* cit., n. 380, p. 790. Cfr. anche n. 382 nota 5, p. 798 s., e ivi notevoli considerazioni sul rapporto, negli stadi intermedi della procedura fallimentare, fra il fondamento psicologico (frode) e il fondamento obbiettivo (indisponibilità) delle varie forme di inefficacia.

(60) E così secondo le norme della revoca sarà regolata la situazione dei terzi subacquirenti: sulle questioni relative a questo punto, cfr. COVIELLO, *Trascrizione* cit., II, n. 388, p. 631; CICU, *Obbligazione* cit., p. 102 ss.; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 23, p. 95 ss.

(61) CICU, *Obbligazione* cit., p. 105.

merciante che non lo era. Del resto, che la retroattività reale in genere operi per mezzo di una finzione è opinione assai diffusa.

Nè si dica che, se si deve giungere ad ammettere una finzione di indisponibilità, tanto valeva mantenere la presunzione assoluta di frode; poichè questa non sarebbe mai conciliabile col requisito subbiettivo della revoca, la frode.

Si deve dunque ritenere che l'art. 707, 2° comma, non contempla un'ipotesi di revoca, poichè di questa mancano i presupposti (62).

Lo stesso discorso, che si è fatto sopra, si deve ripetere per l'art. 192 c. p., che è stato ricalcato su quella disposizione. Anch'esso importa un'azione diretta a far retroagire quello speciale effetto della condanna, che è la destinazione dei beni del colpevole al pagamento delle spese indicate nell'art. 189 c. p., e che si assicura con un'ipoteca legale. Anche la *ratio* dell'art. 192 c. p. deve essere ravvisata in una presunzione assoluta di frode, che però non può essere oggi posta come fondamento dogmatico della facoltà di determinati soggetti di chiedere la pronuncia di inefficacia degli atti di disposizione indicati.

14. — Accanto alle ipotesi dell'art. 707, 2° comma, c. co. e dell'art. 192 c. p., è forse da ricordare per l'identità della *ratio*, il disposto dell'art. 102 c. co., concernente la facoltà di opposizione concessa ai creditori particolari del socio a responsabilità illimitata contro la deliberazione dei soci di prorogare la società oltre il termine stabilito per la sua durata.

Esattamente la migliore dottrina esclude che nell'art. 102 si versi in tema di revocatoria vera e propria (63); d'altra parte non basta

---

(62) Bonelli, *Fallimento* cit., I, n. 380, p. 790; Cicu, *Obbligazione* cit., p. 102 ss. In senso contrario la dottrina dominante: Mossa, *Diritto commerciale*, Milano, 1937, II, p. 691; Candian, *Il processo di fallimento*, 2ª ed., Padova, 1939, n. 156 ss., p. 215 ss.; Navarrini, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 246, p. 304 s.; A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, n. 191 ss., p. 405 ss.; Breglia, *Sulla validità delle obbligazioni del fallito e sulla cessazione dei pagamenti, Riv. dir. comm.* 1925, II, 707 s.

(63) Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1902-1905, II, sez. III, n. 705 s., p. 169 ss.; Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milano, 1924, n. 158, p. 269; De Gregorio, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938, n. 120, p. 159 nota 1, implicitamente. *Contra*: Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, Torino, 1934, I, n. 150, p. 189, che però a sostegno della sua opinione non trova

dire che si tratta di una disposizione *sui generis*. Anche questa norma probabilmente è da riconnettere ad una presunzione assoluta di frode; ma si spiega dogmaticamente come un'attribuzione a determinati creditori, quelli muniti di titolo esecutivo, di uno speciale potere di carattere processuale analogo a quello di chiedere la divisione dei beni comuni fra il debitore e terzi (art. 2077).

15. — Vi è ancora una norma in cui è dubbio se sia prevista una revocatoria: l'art. 804, 2° comma, c. co. La rivendicazione da parte del venditore di merci spedite al fallito, delle quali non sia stato pagato il prezzo, « non è ammessa se le merci prima del loro arrivo sono state vendute senza frode, mediante girata della fattura, della polizza di carico o della lettera di vettura se sono all'ordine, o mediante consegna di tali titoli se sono al portatore ». Una delle principali ragioni del dubbio sta nel fatto che la stessa natura della c. d. rivendicazione del venditore è oggetto di gravi dispute (64).

L'opinione che ravvisa una revocatoria nel disposto dell'art. 804, 2° comma, non è più seguita in Italia (65); e credo a ragione. Eppure le fattispecie cui si riferiscono i due rimedi, a prima vista non sembrano tanto lontane: qui al venditore è concessa la tutela del suo diritto (di credito) al prezzo contro la frode del debitore. Ma l'effetto della frode è diverso da quello che essa esplica nell'alienazione fraudolenta; poichè, mentre in questa essa stessa fa sorgere la possibilità della reazione, nell'ipotesi dell'art. 804 la frode è semplicemente una condizione perchè sia possibile al venditore di esercitare la sua rivendicazione in un caso in cui di regola sarebbe esclusa. Inoltre la riven-

---

altro che un accenno alla frode nei lavori preparatori del codice di commercio. Secondo l'ANGELONI (*I diritti del creditore particolare del socio, Studi per Vivante,* Roma, 1931, II, p. 513 s.), l'azione di cui all'art. 102 c. co., pur non avendo gli stessi presupposti della revocatoria ordinaria, ne à la natura e l'effetto.

(64) Cfr., per tutti, GORLA, *La compravendita e la permuta,* in VASSALLI, *Trattato* cit., VII, 1, Torino, 1937, n. 199 ss., p. 271, ed ivi citazioni.

(65) Citazioni di questa dottrina in BONELLI, *Fallimento* cit., II, n. 673 nota 3, p. 634; cfr. anche ADLER, *Zur Lehre vom Uebergang der Ware vom Verkäufer an den Käufer, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht,* 86, 1922, p. 323. *Contra*: BONELLI, op. l. cit.; CUZZERI e CICU, *Fallimento* cit., n. 760, p. 523 s.; ZIINO, *La rivendicazione nel fallimento,* Milano, 1908, n. 55, p. 99 s.; BIGIAVI, *La rivendicazione del venditore,* Padova, 1935, n. 94, p. 237.

dicazione non tocca in nessun caso, neanche se vi sia frode, l'efficacia della vendita contro documenti effettuata dal commerciante poi fallito. L'effetto è questo: la rivendita da parte del compratore, se è fraudolenta, non preclude al venditore la possibilità di esercitare un suo speciale diritto di ritenzione (secondo la dottrina prevalente, la c. d. rivendicazione del venditore si configura come un'azione strumentale rispetto a un diritto di ritenzione).

D'altra parte, se si volesse ravvisare nel caso una revocatoria, si dovrebbe ammettere l'esistenza di una revocatoria concessa ad un creditore al di fuori della massa, poichè è certo che dalla rivendica esercitata dal venditore la massa non può trarre alcun vantaggio: ciò sarebbe contrario ai principi fondamentali in materia di fallimento. Naturalmente, poichè nella fattispecie in esame si à vera e propria frode ai creditori, essa può essere insieme presupposto e della rivendicazione da parte del venditore e della revocatoria da parte della massa. Fra le due azioni è stato giustamente ritenuto che prevalga la prima, perchè derivante da una forma di garanzia che vale anche contro la massa.

Capitolo II.

## FONDAMENTO DELLA REVOCA

SOMMARIO: 16. Necessità di identificare il fondamento giuridico dell'istituto. — 17. La revoca quale sanzione della frode, intesa come violazione indiretta dell'obbligazione. — 18. Critica di varie teorie: la revoca come tutela del creditore fondata sull'equità, o repressiva di un abuso di diritto. — 19. Rilevanza del nesso fra la revoca e la nozione dell'obbligazione. Carattere pregiudiziale dell'indagine sulla distinzione fra debito e responsabilità. — 20. Nozione di garanzia nei rapporti reali e nel rapporto di obbligazione. — 21. Teoria che definisce la responsabilità come destinazione di carattere sostanziale del patrimonio del debitore alla soddisfazione del creditore. Critica. — 22. Concezione processualistica della responsabilità. Critica. — 23. Critica di recenti concezioni di ispirazione processualistica sul fondamento della revoca. — 24. Necessità della frode quale presupposto di tutte le specie di revoca: rilevanza del principio in relazione alla nozione di garanzia. — 25. La frode come illecito del debitore, in relazione al principio dell'irrilevanza del contratto rispetto ai terzi. — 26. Regolamento giuridico della garanzia anche nel diritto materiale. Il rapporto accessorio di garanzia. — 27. Il rapporto di garanzia inteso come rapporto reale. Critica. — 28. Il rapporto di garanzia inteso come obbligazione. Critica. — 29. Il rapporto di garanzia come semplice rapporto relativo. — 30. Carattere contrattuale dell'illecito del debitore. — 31. Esclusione di un preteso fondamento della revoca nell'illecito o nell'indebito arricchimento del terzo. — 32. Esclusione di altri pretesi fondamenti della revoca. — 33. Unità del fondamento nelle varie specie di revoca. Esclusione di un preteso fondamento oggettivo della revoca fallimentare e di altre revoche speciali.

16. — Il problema più grave che presenta l'indagine sulla revoca degli atti fraudolenti è certo quello di determinarne il fondamento giuridico.

Non basta conoscere il fondamento politico, la *ratio* delle norme

che contemplano le varie ipotesi di revoca. È noto che esse sono tutte fondate sulla opportunità di tutelare il creditore di fronte al rischio di vedersi sottrarre l'oggetto della sanzione del credito, e cioè i beni patrimoniali del debitore.

Anche questa *ratio* deve essere certo presente all'interprete; ma essa non serve a stabilire i caratteri dell'istituto. Occorre invece sapere come si debba definire giuridicamente il comportamento del debitore, del terzo acquirente ed eventualmente dei subacquirenti: questa è la base necessaria dell'interpretazione delle poche norme dettate dalla legge in tema di revoca. Essa sola consentirà di sussumere l'atto fraudolento in certe regole espresse per casi simili o materie analoghe, o derivanti da principi generali del nostro diritto.

Da un altro punto di vista si manifesta la necessità di determinare il fondamento giuridico dell'istituto in esame. La revoca degli atti fraudolenti del debitore è prevista da norme disseminate in varie leggi, e regolata in base a presupposti che variano di volta in volta: occorre perciò sapere se il fondamento sia sempre lo stesso nelle singole ipotesi. Se la soluzione sarà affermativa, sarà dato di ritenere che, sotto questo aspetto, nel nostro diritto la revoca à un carattere unitario. Altrimenti, se si dovessero riconoscere fondamenti diversi nelle varie specie, sotto lo stesso nome si avrebbero nella nostra legge più istituti differenti, retti da norme solo parzialmente coincidenti. Tale problema si pone specialmente, come si è in parte già accennato (cfr. n. 13), a proposito della revocatoria fallimentare.

Tuttavia l'indagine sulla diversità o sull'identità di fondamento riguarda un solo aspetto del problema di identificazione di istituti, o, se si vuole, di azioni, che si presenta nelle varie ipotesi di revoca. Soltanto una soluzione integrale di esso consentirà di risolvere le questioni che sorgono in tema di mutazione della domanda nel corso della lite (art. 176, 387, 490 c. p. c., 256 reg. gen. giud.), di litispendenza (art. 104 e 108 c. p. c., art. 229 reg. gen. giud.), di pronuncia su cosa diversa dalla domanda (art. 116 n. 4, 517 n. 4 c. p. c.) (1), in quanto si presentino in tema di revocatoria.

Ma questa soluzione integrale del problema dell' unità o della

---

(1) Queste sono le principali ipotesi in cui si presenta il problema dell'identificazione delle azioni, secondo il CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., I, n. 108, p. 323 s..

pluralità delle revoche si avrà dopo che si sarà risposto al quesito se nelle varie ipotesi ricorra identità di soggetti (capitolo III) e identità di effetti (capitolo VI).

Nel presente capitolo si ricerca soltanto quale sia il fondamento della revoca ordinaria; e poi se esso sia identico o diverso nelle altre ipotesi di revoca ricordate dalla legge.

17. — Credo che per giungere all'identificazione del fondamento della revoca sia opportuno rifare il cammino della dottrina, esponendo e criticando le varie opinioni avanzate, secondo un ordine logico di minore o maggiore prossimità a quella che ritengo essere la più giusta soluzione del problema. Mi sembra che non si possa dissociare il problema specifico del fondamento della revoca da quello della nozione di garanzia generica dell'obbligazione.

È bene prendere le mosse da alcune considerazioni che in genere sono trascurate dagli scrittori: a quali risultati si può giungere cercando di approfondire il concetto di *frode*? O, in altri termini, perchè si parla di una *frode* ai creditori, quale presupposto della revoca?

Poco giova richiamarsi ad un concetto generale di frode, che comprenda l'ipotesi qui esaminata e quella di frode alla legge. Tale concetto generale non è stato certamente definito ancora con sufficiente esattezza. Nè è stato definito bene il concetto di frode alla legge. Le nostre leggi, e così la pratica del foro e la dottrina, usano il termine *frode* nelle accezioni più varie (cfr., ad esempio, nei nostri codici, gli art. 462 c. c., 860 c. co., 374, 514, 515, 641, 642, 645 c. p.).

La dottrina tende tuttavia a considerare come tipico della frode il carattere indiretto della violazione di un dovere giuridico (2). Così, si è detto talora, l'alienazione di beni in frode dei creditori non importa in sè e per sè violazione dell'obbligo di adempiere,

---

(2) CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 505, p. 381, n. 515, p. 407 s.; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, p. 1 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4ª ed., Milano, 1929, § 131, p. 417 ss.; MESSINEO, *Note differenziali fra dolo e frode*, *Riv. dir. comm.* 1921, II, 467 ss.; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, 2ª ed., Milano, 1914, n. 9, p. 19 s.; ID., *Della simulazione nei negozi giuridici*, 5ª ed., Milano, 1922, n. 6, p. 67 ss. Si veda anche RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2ª ed., Parigi, 1927, n. 186 ss., p. 322 ss.

ma importa che, mediante l'esercizio del potere di disporre dei propri beni da parte del debitore, si rende impossibile o assai più difficile l'espropriazione forzata dei beni stessi, e così l'attuazione della sanzione del credito: i beni non vi possono essere soggetti, in quanto non sono più nel patrimonio del debitore. La legge parla dunque di frode in questo senso, che l'alienazione di beni, che potrebbero essere espropriati per soddisfare il creditore, è una violazione indiretta della contratta obbligazione.

Questa spiegazione tuttavia à un valore prevalentemente se non esclusivamente storico. Oggi è una spiegazione imprecisa: poichè chi aliena i beni in frode dei creditori, in modo che, dopo l'alienazione, l'adempimento dipende esclusivamente dalla sua libera volontà e non è assicurato da una garanzia, non viola perciò ancora l'obbligazione: è possibile che alla scadenza di questa, l'autore dell'alienazione fraudolenta si trovi in condizioni di adempiere e adempia. Ciò porta ad escludere la possibilità di configurare l'alienazione fraudolenta come violazione dell'obbligazione, ed a ritenere del tutto inutile, in tema di revoca, la nozione di violazione indiretta di un precetto giuridico.

Si vedrà in seguito come la frode ai creditori si debba invece considerare quale violazione diretta e immediata di un obbligo del debitore, che sta accanto all'obbligo principale di adempiere (cfr. n. 26).

18. — Alcuni autori, e specialmente i francesi del secolo scorso, nella ricerca del fondamento della revoca, si accontentano di collegare, in modo assai impreciso, l'istituto della revoca ad alcuni principi morali, che, del resto, ànno ispirato le disposizioni relative. Si tratta di tentativi inutili ad ogni fine costruttivo.

Quando ci si limita ad osservare, ad esempio, che la revoca è una conseguenza della protezione dovuta a tutti gli interessi legittimi, « une émanation de ce devoir de haute moralité et de saine justice, se résumant dans ce sublime précepte *suum cuique tribuito* » (3): che « l'action paulienne a pour base le principe que les conventions doivent être exécutées de bonne foi » (4), si rinuncia

(3) Bédarride, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 4ª ed., Parigi, 1887, IV, n. 1405, p. 5.

(4) Demogue, *Traité des obligations en général*, Parigi, 1923-1933, VII, n. 1031, p. 405.

a dare una costruzione giuridica all'istituto. Inutile del pari ogni critica più approfondita.

Così, quando dalla proposizione storicamente esatta che la revoca è sorta come creazione pretoria contro il *ius civile* si vuol derivare che anche oggi il fondamento della stessa possa essere cercato solo in un'idea di equità e di convenienza civile (5), si vien meno al compito precipuo dell'interprete, che è quello di dare una spiegazione dogmatica e non puramente storica degli istituti.

Altri autori si limitano a definire la revocatoria come un diritto ausiliario al diritto del creditore o come un mezzo strumentale per togliere ostacoli all'applicazione della sanzione (6). Ma queste qualifiche, sulla cui esattezza del resto non vi può essere dubbio, non sono ancora una definizione dei caratteri intrinseci del fenomeno giuridico.

A queste formule generiche, avanzate per definire il fondamento della revoca, si riconnette quella dottrina, che à una certa fortuna in Francia, secondo cui la revoca è una forma di reazione contro l'abuso del diritto di disporre da parte del debitore. In contrario è da osservare che, da un punto di vista dottrinale e legislativo (7), la teoria dell'abuso del diritto à avuto poca fortuna in Italia; inoltre essa si presta a formulazioni vaghe, dalle quali la dottrina deve rifuggire, specie in presenza di un'ipotesi tradizionalmente fissata e regolata espressamente, quale è la norma repressiva della frode ai creditori.

Non posso nè voglio prendere posizione di fronte ad uno dei

(5) BREZZO, *Revoca* cit., n. 65, p. 106.

(6) La prima formula è del GANGI, *Il debito e la responsabilità*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1933, p. 334 s.: un diritto ausiliario fondato « sul concetto accolto dalla nostra legge che il debitore risponde dei suoi debiti col suo patrimonio »; la seconda del CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, n. 46, p. 255 s. nota 1, p. 257.

(7) Contro l'ammissibilità del concetto è buona parte della dottrina italiana: cfr. N. COVIELLO, *Manuale* cit., § 153, p. 487 s.; FADDA e BENSA, *Note* cit., IV, p. 694; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto, Riv. dir. civ.* 1923, p. 105 ss., 208 ss., 416 ss.; ID., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1937, n. 50, p. 106 ss.. *Contra*: FLUMENE, *L'uso illecito del diritto*, in *Studi Ascoli*, Messina, s. d., p. 447 ss.. Dal punto di vista legislativo, è da ricordare che nel I libro del nuovo codice civile non è riprodotto fra le *disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale* l'art. 7 del Progetto definitivo, che, con formula infelicissima, considerava non protetto l'abuso del diritto.

più gravi problemi della teoria generale del diritto, se, in assenza di un testo legislativo, sia dato sindacare il modo con cui è esercitato il diritto soggettivo. Secondo la legge italiana, propenderei per la soluzione negativa; e così la questione sarebbe superata.

Comunque, gli argomenti di questa dottrina a proposito della revoca sono assai poco conclusivi. Si è detto: i creditori impugnano atti che rientrano oggettivamente nella sfera di attività lecita del debitore, perchè un diritto è stato usato ad uno scopo immorale, e perciò se ne è abusato (8).

Ma se si richiede che l'abuso del diritto rechi pregiudizio al creditore, si entra nell'illecito, e allora vale la pena di vedere se si possa basare la costruzione su questa nozione che è certo più elaborata e più precisa di quella di abuso del diritto; se poi non si richiede il pregiudizio, ci si allontana dal contenuto delle norme sulla revoca. Per di più questa opinione è inconciliabile con la teoria tradizionale che limita l'intensità del *consilium fraudis* alla previsione del pregiudizio da parte del debitore, mentre per aversi abuso di diritto occorre un deliberato proposito di nuocere (9).

19. — Per conoscere più precisamente il fondamento della revoca, bisogna determinare perchè il titolare del diritto di credito possa agire contro le alienazioni fraudolente: e, perciò, condurre un'indagine parallela sul regime della revoca e sulla nozione di obbligazione. Tale indagine richiede che in qualche modo si prenda posizione di fronte al problema della natura giuridica dell'obbligazione. Questa deve essere concepita come un rapporto unitario fra debitore e creditore, oppure è da accogliere in una delle sue tante formulazioni quella teoria che distingue nell'obbligazione i due elementi del *debito* e della *responsabilità* ?

La reazione di molta parte della dottrina italiana contro la teoria — autorevolmente rappresentata —, che imposta l'analisi del concetto di obbligazione sulla distinzione fra i due accennati elementi, si può ricondurre a due tendenze critiche. La prima, preva-

(8) Grouber, *Action paulienne* cit., n. 3, p. 4 s.

(9) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 59 s.. Sulla necessità dell'intento doloso, cfr. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Parigi, 1936, n. 105, p. 128 ss., ed ivi dottrina.

lente fra i civilisti, pur ammettendo la riconoscibilità, da un punto di vista concettuale, dei due elementi nell'obbligazione, li ritiene oggi così inscindibilmente fusi, che il tentativo di distinguerli sarebbe inutile (10). La seconda, prevalente fra i processualisti, ma seguita anche da alcuni cultori del diritto civile, assegna carattere meramente processuale alla responsabilità (11).

Credo che la prima tendenza sia eccessiva nel negare l'utilità della distinzione, la quale, se non à quell'importanza preponderante, che le si volle un tempo attribuire, serve tuttavia a chiarire il fondamento di molti istituti; e che la teoria processualistica, pur essendo esatta nella sua sostanza, risolva solo in parte il problema. Siccome mi sembra che nessuna delle formulazioni, che si sono date finora sulla portata della distinzione, sia accoglibile, devo brevemente esaminare *ex novo* i termini del problema. Si vedrà poi che questo è il solo modo con cui si possa giungere a risultati soddisfacenti riguardo al fondamento della revoca.

O' l'impressione che nella teoria del concetto di obbligazione, come in tanti altri casi, la dottrina italiana, rielaborando teorie in gran parte di origine tedesca, non si sia tenuta abbastanza aderente alle norme del nostro codice; mentre esse non solo sono assai diverse da quelle del diritto vigente in Germania sia prima che dopo la pubblicazione di quel codice civile, ma anche — come cercherò di dimostrare — suggeriscono all'interprete l'opportunità di impo-

---

(10) Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1915, n. 16 *quater*, p. 82 ss.; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 309 ss.; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, 7ª ed., Messina, 1935, III, p. 12; Bonfante, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 97 ss., e in *Scritti giuridici vari*, Torino 1916-1918, III, p. 8 ss.; Barassi, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934 (lit.), p. 32 ss.; L. Coviello jr., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931-1934, I, § 5, p. 9 ss.

(11) Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi Chiovenda*, Padova, 1927, n. 36 ss., p. 308 ss.; Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2ª ed., Roma, 1936, n. 69, p. 126 s., n. 87 p. 170 ss.; Id., *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 137; Gorla, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, p. 21 s.; Carnacini, *Contributo* cit., n. 46, p. 255 ss.; Garbagnati, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 6 ss.; Nicolò, *Adempimento* cit., p. 47 s., p. 112.

stare in un certo modo la distinzione fra i due elementi dell'obbligazione.

20. — Senza affrontare il problema se la coercibilità sia una caratteristica essenziale al precetto giuridico in genere, mi sembra che, ai fini di questo studio, si possa considerare come postulato il principio che la coercibilità è essenziale almeno al precetto di diritto privato patrimoniale (12). Si può dare cioè per pacifico che l'attuazione del precetto di diritto patrimoniale è assicurata dall'ordinamento giuridico con una serie di misure; le quali si applicano o si possono applicare nel caso che l'attuazione stessa non si verifichi, per effetto di un atto di volontà del destinatario del precetto stesso o di un altro atto o fatto considerato a questo equivalente.

Rispetto al titolare di un diritto soggettivo, la coercibilità importa una garanzia, un'assicurazione che il suo interesse sarà tutelato. Ciò si può dire, da un punto di vista generale ed empirico, per tutte le specie di diritti soggettivi patrimoniali. Si presenta allora il problema di determinare come si qualifichi giuridicamente rispetto al diritto soggettivo, la possibilità che, verificandosi determinate circostanze, si attui la sanzione.

Oggi, nel nostro diritto, la sanzione si attua normalmente (13) mediante il processo esecutivo. L'esistenza di un processo esecutivo determina il sorgere di un rapporto giuridico processuale, e a questo, per la sua funzione, si può dare il nome di rapporto sanzionatorio. Esso è, naturalmente, distinto dal rapporto rispetto al quale, mediante il processo, si attua la sanzione; il rapporto processuale si

---

(12) La regola accennata subisce forse un'eccezione nel caso della obbligazione naturale. Sulla questione se la coercibilità sia essenziale al precetto giuridico, cfr. specialmente: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, § 8, p. 23 ss.; BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi Pavia*, V, 1919, p. 98 ss. nota 1; WALZ, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, in *Handbuch des Völkerrechts* di STIER-SOMLO, Stoccarda, 1930, § 34, p. 172 ss.; BARBERO, *Il diritto soggettivo*, *Foro it.*, 1939, IV, n. 6, col. 15 ss.

(13) Per i casi in cui nel diritto privato il potere di applicare la sanzione spetta allo stesso titolare del diritto soggettivo, cfr. ALFR. ROCCO, *Diritto commerciale*, Milano, 1935, n. 117, p. 399 s.; FADDA e BENSA, *Note* cit., IV, p. 703 ss..

costituisce per attuare la sanzione di un diritto soggettivo, ma sta fuori di esso (14).

Ma qual'è la relazione che intercede fra i due rapporti, per quanto riguarda il bene che è oggetto dei medesimi? Non vi è un'esigenza logica che l'oggetto dei due rapporti sia il medesimo (15). La questione concerne in realtà la tutela di ogni rapporto giuridico, e non della sola obbligazione, alla quale è più comunemente riferita; ma, ai fini di questo studio, mi sembra che sia sufficiente esaminarla soltanto rispetto alle due principali categorie dei rapporti patrimoniali.

Nel rapporto reale, la garanzia sopra accennata consiste in ciò, che il titolare del diritto soggettivo può valersi, se risulti necessario, della coazione fisica per attuare il contenuto medesimo del precetto contro chiunque lo abbia violato: così il titolare del diritto di proprietà può *rivendicare* la cosa da qualsiasi possessore o detentore, salvo alcuni fatti impeditivi (art. 439). Il diritto reale, assoluto di contenuto, si attua contro chiunque; al contenuto del diritto corrisponde il diritto di seguito. Vi è dunque una normale identità dell'oggetto del rapporto e dell'oggetto della sanzione.

Nel rapporto di obbligazione il problema è connesso col carattere relativo del rapporto medesimo (16), carattere del quale, perciò, è bene ricordare qui il significato.

L'obbligazione à per oggetto un bene economico, e cioè una cosa od un'attività (17). L'art. 1218 prescrive che l'obbligato *deve adempiere;* e determina la conseguenza del mancato soddisfacimento del creditore nel sorgere dell'obbligazione di risarcire il danno, che

---

(14) LIEBMAN, *Opposizioni* cit., n. 68, p. 120 ss., ed ivi riferimenti bibliografici.

(15) Qui è da richiamare la classificazione delle sanzioni in base al rapporto che intercede fra il bene oggetto della sanzione stessa ed il bene oggetto del rapporto giuridico tutelato: cfr. CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 10, p. 23 s.

(16) Proprio a questo carattere credo si riduca quella distinzione del diritto di credito dal diritto reale, che à dato luogo a tante discussioni: cfr. F. LEONHARD, *Das Schuldrecht des BGB.*, Monaco, 1929-1931, I, § 3, p. 6 s.. In altre parole si può dire che il diritto di credito si distingue dal diritto reale, perchè il primo appartiene alla categoria dei diritti relativi, il secondo alla categoria dei diritti assoluti. Le ulteriori note dei due concetti si pongono soltanto in relazione alle altre specie della medesima categoria.

(17) Cfr. nota 4 al capitolo I.

si sostituisce alla precedente (18). Dal carattere relativo dell'obbligazione deriva dunque innanzitutto che questa normalmente à una sanzione strutturalmente omogenea al precetto primario: l'obbligazione alla prestazione più fungibile, quella pecuniaria, si sostituisce all'obbligazione che abbia eventualmente altro oggetto.

Questa sola sanzione non sarebbe sufficiente; in primo luogo perchè, se il bene dovuto sia ancora nel patrimonio del debitore, è più utile ammettere un'esecuzione forzata in forma specifica; in secondo luogo, perchè, a prescindere da questa ipotesi, occorre anche una sanzione strutturalmente diversa dal precetto primario, per ottenere l'attuazione coattiva del risarcimento. Così l'art. 1218 è completato dalla norme sull'esecuzione forzata.

Sviluppando: se il diritto di credito à per oggetto una cosa, essa in certi casi può essere presa, a mezzo dell'esecuzione forzata, dal creditore *come se* egli fosse titolare di un diritto reale (19), ma solo finchè la cosa rimane nel patrimonio del debitore: in tal caso si à l'esecuzione diretta in forma specifica. Se il diritto di credito à per oggetto un'attività, un'esecuzione diretta in forma specifica non è possibile, poichè non si può costringere materialmente il debitore *ad factum*.

Nell'un caso e nell'altro, in mancanza di adempimento in forma specifica, oppure, per il primo caso, di utilità dell'esecuzione diretta, subentra all' obbligazione primaria l'obbligazione di risarcire il danno (art. 1218). Se poi anche questa resta inadempiuta, il creditore à facoltà di provocare l'apprensione, da parte di organi dello Stato, dei beni del debitore, nelle forme dell'esecuzione mobiliare

---

(18) Inutile ormai confutare le teorie di G. BRUNETTI (*Il diritto del creditore, Riv. dir. comm.* 1916, I, 137 ss., 282 ss., e *Scritti giuridici vari*, Torino, 1915-1925, III, p. 92 ss.) sul dovere libero del debitore, e ripetere per quali ragioni storiche nel nostro diritto di massima il risarcimento del danno abbia natura pecuniaria: su questo ultimo punto, cfr. SALV. ROMANO, *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, in *Annali Perugia*, XLI, 1929, p. 3 ss.; e *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica, ibid.*, XL, 1928, p. 5 ss.

(19) Questo è, a mio parere, il significato del disposto degli art. 1125 e 1448. Non è naturalmente possibile dimostrare la tesi in questa sede. Per la critica dell'opinione corrente rinvio a CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, n. 27 s., p. 85 ss.

e immobiliare. La prima può risolversi sia in un'esecuzione diretta dell'obbligazione di risarcimento, se sia stato pignorato del denaro, sia in un'esecuzione indiretta con la vendita dei beni o con l'assegnazione (per ipotesi determinate) degli stessi al creditore; la seconda è sempre un'esecuzione indiretta con la vendita.

Se, infine, nel patrimonio del debitore non si trovano beni sufficienti, il diritto di credito rimane insoddisfatto, in tutto o in parte.

Ma il carattere relativo dell'obbligazione porta ad un'altra conseguenza: qualunque sanzione si può applicare solo contro il debitore. Oggetto della sanzione è però un bene patrimoniale, e cioè un bene che, per volontà o senza volontà del debitore, può circolare. Perchè la sanzione possa praticamente funzionare, sono disposti dei mezzi giuridici per far sì che le modificazioni patrimoniali abbiano luogo in modo da danneggiare il meno possibile il diritto del creditore. Anche questi mezzi rientrano nel quadro della garanzia del diritto di credito.

Di fronte al carattere relativo dell'obbligazione, il problema della definizione giuridica della garanzia à dunque due aspetti. Primo: quale sia il presupposto giuridico in forza del quale il creditore può aggredire i beni del debitore per soddisfarsi: se si tratti di una situazione giuridica processuale o sostanziale, e, in questo caso, se essa si identifichi o no con lo stesso diritto di credito. Secondo: quale sia la configurazione giuridica dei mezzi diretti ad evitare le sottrazioni o i mancati acquisti di beni patrimoniali da parte del debitore.

Così mi sembra si possano identificare i due quesiti principali della c. d. teoria del debito e della responsabilità. Ai fini di questo studio, mi sembra utile esaminare alcune formulazioni tipiche di questa teoria, che, a mio avviso, costituiscono altrettante tappe verso la giusta soluzione del problema secondo la legge italiana. Credo che il modo in cui queste dottrine riescono a inquadrare la revoca sia la pietra di paragone della loro bontà.

21. — Nella dottrina italiana la formulazione della teoria del debito e della responsabilità che, almeno nei punti principali, è più vicina alla corrente tradizionale di origine tedesca, è quella del Gangi.

Secondo questo autore, nell'obbligazione sono fusi il dovere giuridico del debitore di eseguire la prestazione (*debito* in senso pro-

prio) ed il suo assoggettamento al potere coattivo del creditore nel caso di inadempimento (*responsabilità*) (20). Debito e responsabilità sono separabili, e non si confondono; tanto è vero che talora l'estensione dell'uno e quella dell'altro non coincidono (limitazione della responsabilità).

Il potere coattivo del creditore si esplica con l'esecuzione forzata sul patrimonio; nasce col debito e l'inadempimento è solo condizione di esercizio del diritto del creditore, che in esso à la sua fonte (21). La responsabilità è dunque il modo con cui la coercibilità si manifesta nell'obbligazione.

Con formulazione diversa, afferma il Betti che la responsabilità è «quella particolare posizione di una persona che risulta dalla *destinazione giuridica* di un bene della vita ad essa pertinente, *a servire di soddisfazione* ad un'altra persona determinata, per un evento da questa atteso o temuto: destinazione indipendente dalla volontà di lei (titolare di quel bene) e individualizzata così dal bene stesso come dall'evento» (22). Ciò importerebbe, e la conclusione è assai notevole, che la responsabilità non si concreta mai in un dovere di condotta (23).

Alla responsabilità del debitore corrisponde, da parte del creditore, «una aspettativa di soddisfazione che qui (*scilicet* nell'obbligazione) si presenta propriamente — in quanto è precostituita all'inadempimento — quale *diritto di garanzia*» (24). Oggetto di questo non è l'evento per cui si risponde, ma quel bene che è oggetto della responsabilità: questa si realizza con l'esecuzione forzata.

Il debito, inteso quale dovere giuridico di eseguire una determinata prestazione avente un valore economico, importa normalmente, ma non necessariamente, responsabilità ad esso organicamente congiunta, ed allora esso deve essere chiamato obbligo di pre-

---

(20) *Il debito e la responsabilità* cit., p. 320 s., p. 317 s. Debito in senso lato sarebbe tutto il rapporto obbligatorio.

(21) Op. cit., p. 350.

(22) *Concetto della obbligazione* cit., n. 13, p. 205. Cfr. anche le esatte osservazioni dello stesso autore nel confrontare la sua definizione con quella tradizionale della dottrina tedesca (ibid., nota 7).

(23) Op. cit., n. 13 nota 7, p. 205 s..

(24) Op. cit., n. 14, p. 209 s..

stazione: in tal caso «entrambi gli imperativi si trovano contenuti in una stessa norma di diritto sostanziale» (25).

22. — Le concezioni, che considerano la responsabilità, intesa come soggezione al potere coattivo del creditore, quale un momento dell'obbligazione avente anche manifestazioni di diritto sostanziale, sono state criticate dal Carnelutti.

Questi à notato che il potere coattivo del creditore à manifestazioni esclusivamente processuali (26). Dal punto di vista del diritto materiale, la soggezione alla sanzione, nel senso in cui è intesa dagli autori citati, sulle orme della prevalente dottrina germanica, non à significato alcuno, è priva di contenuto (27): la soggezione alla sanzione, e cioè all'azione esecutiva del creditore, à carattere meramente processuale.

Così questa teoria, che à avuto un seguito notevole, e non solo fra gli studiosi del processo (28), identifica completamente il diritto del creditore sui beni del debitore col diritto processuale di aggredirli nell'esecuzione forzata, e la responsabilità del debitore con la soggezione all'esecuzione; e ricostruisce la combattuta distinzione, considerando la responsabilità del debitore, e cioè l'assoggettamento o, meglio, la soggezione all'esecuzione, ed il corrispondente potere di aggressione del creditore, come il momento processuale dell'obbligazione. Il potere di aggressione sta al diritto di credito come l'azione sta al diritto, la responsabilità al debito come la soggezione sta al dovere giuridico.

A mio sommesso avviso, questa teoria, mentre precisa opportunamente che la sanzione si attua in forma processuale, mediante l'esercizio dell'azione esecutiva sui beni del debitore da un lato e,

---

(25) Op. cit., n. 16, p. 242 ss.; n. 15, p. 222. Sulla natura e sulla funzione della responsabilità per debito, cfr. anche n. 16, p. 241 ss. e sul significato della *congiunzione organica* tra debito e responsabilità, cfr. n. 16, nota 30, p. 239 ss..

(26) Carnelutti, *Diritto e processo* cit., n. 27, p. 287 ss., n. 42, p. 322 ss.; in particolare, per una più diffusa critica del pensiero del Betti sull' esistenza di un diritto sostanziale alla sanzione, cfr. p. 289 ss. nota 1.

(27) L'accenno del Gangi alla domanda di pronuncia della compensazione giudiziale, come manifestazione di diritto sostanziale del potere di aggressione del creditore (*Debito e responsabilità* cit., p. 349 s.) — a parte le gravi discussioni sulla natura giuridica di questo istituto — non è chiaro.

(28) Cfr. nota 11 di questo capitolo.

dall'altro, una corrispondente soggezione di questi, e che quindi una responsabilità esecutiva non è concepibile come figura di diritto sostanziale, non definisce tutto il campo della garanzia dell'obbligazione. La tutela del creditore non è limitata alla possibilità della esecuzione forzata. Altrimenti, sarebbe facile al debitore sottrarsi all'esecuzione, alienando o nascondendo i propri beni. Contro questo pericolo il creditore è tutelato anche nella fase preesecutiva. Ciò vuol dire che quella destinazione alla soddisfazione non à significato soltanto nel momento dell'esecuzione, ma anche prima che questa sia attuabile.

Si tratta di vedere — e questo punto non è stato precisato da nessuna delle teorie finora ricordate — quale sia il mezzo tecnico con cui, nel periodo precedente all'eventuale esecuzione forzata, si manifesta e si realizza il diritto di garanzia del creditore. I concetti di destinazione e di garanzia sono in sè generici, e possono realizzarsi attraverso una serie di istituti di diritto positivo diversissimi l'uno dall'altro.

Questo è il punto che vorrei cercare di mettere in chiaro: e così sarà posto nella sua giusta luce il problema del fondamento e della natura della revoca degli atti fraudolenti.

23. — È bene vedere come questo problema sia stato risolto dai sostenitori della teoria processualistica della responsabilità.

Mi sembra assai notevole il fatto che di recente lo stesso autore che per primo à impostato su una base processualistica il concetto di responsabilità, à ammesso l'esistenza di un obbligo accessorio di conservazione delle garanzie, la cui violazione, per mezzo dell'alienazione fraudolenta, costituisce illecito (29): ciò significa impostare la revoca sul terreno del diritto materiale.

Invece gli altri processualisti, che si sono occupati dell'argomento, seguono diverso cammino. In ispecie si è avuto un nuovo tentativo di costruire la revoca su basi diverse dalle solite; ma questa costruzione, che non à varcato il confine del diritto processuale, come invece in sostanza à fatto il Carnelutti, non giunge a identificare il vero fondamento dell'istituto.

---

(29) CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 595, p. 612; n. 597, p. 619; ID., *Natura giuridica dell'ipoteca, Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, n. 4, p. 11.

Secondo l'Andrioli, che è l'autore al quale si deve questo tentativo, la revoca è un provvedimento conservativo o cautelare (30). Nel conflitto fra il potere esecutivo dello Stato e la facoltà di disporre del debitore, prevalgono gli atti compiuti in base al primo e gli atti compiuti in base alla seconda restano inefficaci. Talora però questa inefficacia sorge ancora prima che il potere esecutivo si sia affermato sul bene col pignoramento: con la revocatoria si colpiscono appunto gli effetti di un atto del privato, ma solo nel piano in cui deve esercitarsi la potestà esecutiva dello Stato. Ciò significa che il terzo resterà soggetto all'azione esecutiva del creditore, su beni che ormai sono entrati nel suo patrimonio.

Ora, poichè la revoca non è azione di nullità, nè è azione esecutiva, in quanto «non ha per effetto immediato la soddisfazione del creditore», essa deve essere classificata come provvedimento conservativo (31). I provvedimenti conservativi ànno lo stesso carattere che à la revocatoria: quello di garantire l'esercizio di un'azione, di cui ancora non si danno tutti i presupposti di esistenza, o più esattamente, il carattere della strumentalità rispetto ad altri provvedimenti che si possono chiamare definitivi (32). Inoltre, se questi provvedimenti cautelari garantiscono la soddisfazione di un'obbligazione, producono, come la revocatoria, effetti direttamente processuali e solo indirettamente sostanziali.

Un certo carattere conservativo si può effettivamente riconoscere nella revoca, ma solo da un punto di vista empirico: il creditore non tanto tende a conservare la situazione preesistente, quanto a eliminare, sia pure in parte, gli effetti giuridici di un atto che si

---

(30) *Azione revocatoria* cit., n. 10, p. 45 ss.; *Note* a BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 419 *bis*, p. 892 ss.

(31) *Azione revocatoria* cit., n. 10, p. 48. Secondo l'ANDRIOLI questa opinione sarebbe abbastanza diffusa fra i civilisti, e cita DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 156; BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934, litogr., p. 50 ss., e KOHLER, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, Stoccarda, 1891, p. 206, 261. Senonchè questi autori (e molti altri) parlano di misure conservative non in senso tecnico processuale, ma in senso ampio ed impreciso, in quanto esse «tendono a mantenere integro il patrimonio del debitore» (DE RUGGIERO).

(32) Questa precisazione dà l'ANDRIOLI nelle *Note* cit. a BONELLI (*Fallimento* cit., I, p. 895). Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, n. 9, p. 21 s..

è già verificato. Invece è un carattere del provvedimento conservativo che chi se ne vale tende a prevenire o a reprimere un'attività materiale pericolosa: così è ad esempio, nella denuncia di nuova opera o di danno temuto. La revoca inoltre à quel carattere provvisorio che si riscontra anche nei provvedimenti conservativi: ma questo carattere non è esclusivo di questa categoria, e nella revoca dipende dal rapporto d'accessorietà in cui essa si trova con la soddisfazione del creditore.

Manca inoltre alla revoca il presupposto, certo comune ai vari provvedimenti cautelari, del *periculum in mora* (33). L'Andrioli non si pronuncia su questo punto; ma è certo che pericolo non esiste più, una volta che il creditore à trascritto la domanda di revoca: se questa è fondata, egli può ottenere con tutto comodo la sentenza di revoca senza pregiudicare la sua situazione. Non solo non vi è nella revoca il presupposto del *periculum in mora* — di carattere puramente oggettivo — ma deve invece sussistere un presupposto soggettivo (la frode) che manca nei provvedimenti cautelari.

Sul terreno della strumentalità della revoca rispetto alle misure esecutive, la costruzione qui criticata rivela insieme la sua logica consequenziarietà (34) e la insufficienza del concetto processualistico della responsabilità. Se si nega che vi sia un rapporto sostanziale di garanzia (sia pure strumentale rispetto all'azione esecutiva) che è tutelato direttamente con la revoca, si deve proprio affermare che questa à i caratteri del provvedimento conservativo, considerando come elemento di qualificazione giuridica quel carattere preventivo cautelare che invece viene in rilievo solo da un punto di vista empirico, e solo quando la revocatoria abbia il fine di assicurare un'ese-

---

(33) ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I, n. 10, p. 38 ss.; CALAMANDREI, *Introduzione* cit., n. 6, p. 15 ss.; BETTI, *Diritto processuale* cit., n. 177, p. 570 s..

(34) E' stato anche obbiettato all'ANDRIOLI che la cognizione effettuata in occasione della sentenza di revoca non differisce da quella che si fa in occasione della sentenza di condanna (CALAMANDREI, *Introduzione* cit., n. 39, p. 126 ss.); e l'obbiezione non è superata con la considerazione che la strumentalità deve cogliersi non in relazione alla sentenza di condanna, ma in relazione alle misure esecutive (ANDRIOLI, *Note* cit., I, p. 895). Meno esatta sembra invece la critica del CARNELUTTI, *Recensione* ad ANDRIOLI, *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I, 72: cfr. la replica dell'ANDRIOLI, op. l. cit..

cuzione futura, non di assoggettare dei beni ad un'esecuzione in corso.

Da ultimo un altro scrittore, l'Auletta, à tentato di risolvere il problema della natura giuridica della revoca in base ad una concezione della responsabilità che, pur movendo dai medesimi presupposti, rappresenta un notevole sviluppo di quella finora seguita dai processualisti italiani (35). L'assunzione dell'obbligazione — osserva questo autore — non toglie al debitore il potere di disporre della tutela che la legge accorda ai suoi interessi, e cioè di concludere negozi relativi ai beni compresi nel suo patrimonio; ma, nel caso che questi sia inadempiente o versi in istato di insolvenza, il diritto di proprietà del debitore è sacrificato di fronte al potere esecutivo dello Stato. Nel periodo che intercede fra il manifestarsi dell'inadempimento o della situazione di insolvenza e l'attuazione della azione esecutiva, la tutela concessa al diritto di proprietà del debitore è tale che non gli sia possibile pregiudicare il funzionamento della sanzione (36).

Per spiegare questa situazione di limitata protezione si deve ricorrere alla figura, elaborata dai cultori del diritto amministrativo, del diritto condizionatamente protetto; e cioè di quel diritto soggettivo la cui protezione, di fronte ad un interesse generale, subisce un affievolimento. Tale è la posizione del diritto di proprietà del debitore, in quanto egli sia soggetto passivo di una responsabilità: questa è appunto una condizione da cui sorge una mancanza

---

(35) *Revocatoria* cit., p. 78 ss. Questa teoria si riconnette in parte con l'indirizzo dominante nella dottrina germanica, la quale però è basata su testi legislativi assai diversi dai nostri. Tentativi di impostare alcune norme della revocatoria su un fondamento oggettivo di indisponibilità da insolvenza non erano mancati nella dottrina italiana: cfr. *infra*, n. 33.

(36) Questa teoria dell'AULETTA à un lontano precedente in una teoria del CARBONI (*Della obbligazione nel diritto moderno, concetto e contenuto*, Torino, 1912, n. 173, p. 266), accolta in sostanza dal CHIRONI (*Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., Torino, 1912, II, § 308, p. 106 ss.), che, partendo dal principio che l'obbligazione importa un'alienazione di valore, ritiene che sia illegittima rispetto al creditore una nuova alienazione di esso mediante atti di disposizione su beni patrimoniali; e che perciò sia data la revoca. Il concetto di alienazione di valore non à evidentemente nessuna consistenza giuridica. Arbitraria è pure la conclusione, a cui la teoria è condotta, che la frode non sia un normale presupposto della revoca.

di tutela giuridica di fronte al potere giurisdizionale, mentre il diritto è pienamente tutelato nelle altre direzioni. In questo modo la responsabilità sarebbe un istituto non esclusivamente processuale, ma anche di diritto sostanziale, toccando l'essenza stessa del diritto soggettivo.

Se il debitore trasmette il suo diritto in condizioni di tutela limitata — si aggiunge — questo diritto, per il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet,* entra nel patrimonio dell'acquirente nella medesima condizione, solo però in quanto l'acquirente abbia conosciuto la condizione del patrimonio del suo dante causa; l'acquirente allora diventa responsabile per un debito altrui.

Mentre per il commerciante, una volta che si è verificata l'insolvenza, il potere esecutivo si afferma su tutto il suo patrimonio col fallimento, ed egli perde il suo potere di amministrare; il debitore civile invece, fino al pignoramento ed alla nomina del sequestratario, continua ad amministrare nell'interesse dei creditori, e così — se l'atto non offende i loro interessi — trasmette diritti pienamente tutelati. Se invece egli compie l'atto con la coscienza di diminuire le garanzie dei creditori, la legge è «costretta a ricorrere ad un elemento soggettivo» (37), la frode.

Tralasciando per ora ogni critica dal punto di vista delle conseguenze derivanti dalla descrizione degli effetti della revoca come una responsabilità senza debito, è da osservare che questa teoria, sebbene abbia un suo rigore logico e derivi dalla coscienza della necessità di spiegare il fondamento dell'istituto anche da un punto di vista sostanziale, è contraria alla lettera della nostra legge.

Questa, sia nella revocatoria civile che nella revocatoria fallimentare, pone in primo piano la frode, come meglio si dimostrerà fra breve. Invece nell'opinione qui criticata il requisito della frode è svalutato nella revocatoria ordinaria, ed è addirittura eliminato nella revocatoria fallimentare (38). In secondo luogo, è dato alla pronuncia del giudice un carattere di mero accertamento, mentre

---

(37) AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 98.

(38) AULETTA (op. cit., p. 118, p. 122) esclude espressamente la necessità della frode nella revocatoria fallimentare; ma non spiega perchè si debba negare ogni significato a quella presunzione relativa di frode, che è richiesta nell'art. 709 c. co.

nel termine stesso *revoca*, ed in tutte le norme dell'istituto, il carattere costitutivo è nettissimo.

Inoltre — e questa è una critica che si può rivolgere a tutta la teoria processualistica della responsabilità — dire che nel conflitto fra l'interesse dell'acquirente dal debitore in istato d'insolvenza e l'interesse dello Stato alla realizzazione della pretesa esecutiva, prevale quest'ultimo, significa formulare una proposizione priva di ogni contenuto, fin che non si dimostri con quali mezzi nel nostro diritto positivo sia data la prevalenza a questo interesse.

Dire che lo Stato nell'esecuzione forzata agisce su un piano superiore a quello dei privati, e che i rapporti fra questi sono per esso irrilevanti, è andare contro la lettera e sopratutto contro lo spirito della legge. La tutela dell'interesse dello Stato è solo mediata rispetto a quella dell'interesse del creditore (39), e questa non può prescindere dai rapporti sostanziali. Lo Stato quando vuole espropriare il bene del debitore per farne denaro ricorre allo schema della compravendita. Di suo mette la forza coattiva, ma l'ambiente giuridico in cui esso opera è quello stesso del diritto privato. Diversa è invece la posizione dello Stato come amministratore: allora il suo interesse è veramente su un piano superiore all'interesse del singolo, che è normalmente subordinato.

Lo Stato, e, per esso, l'organo giudiziario, è vincolato ai diritti dei privati, non è *legibus solutus*, è — salva la forza che impiega — in una posizione di assoluta legalità, e cioè rispetta il diritto del privato; anzi, solo su questo fonda la sua attività. Quello Stato, che per espropriare ricorre allo schema della vendita, adeguandosi così alla posizione dei privati, se vuole vendere i beni del debitore per soddisfare il creditore, dopo che essi siano passati in mano di terzi, deve farli ritornare al proprietario debitore. Deve perciò *revocare*, far venir meno l'effetto del negozio di alienazione.

Ciò dimostra in particolare, mi sembra, come il ricorso alla figura del diritto condizionatamente protetto significhi introdurre nella teoria dell'esecuzione forzata un concetto che non vi può trovare cittadinanza. Esso suppone una collocazione dello Stato e del privato su piani del tutto diversi, una subordinazione, per certe ipo-

---

(39) Cfr. da ultimo, su questi concetti, SATTA, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Milano, 1939, n. 8, p. 37 ss..

tesi, dell'interesse privato, sebbene questo interesse sia il contenuto di un diritto soggettivo. Il diritto soggettivo privato è tutelato invece in ogni direzione, per sua stessa essenza.

La tutela immediata dell'interesse generale — necessario presupposto della figura in esame — è scopo che non à alcun rilievo giuridico nel processo esecutivo; perchè, come si è notato, ivi l'interesse generale riceve una tutela soltanto mediata, conseguente alla tutela immediata del diritto del creditore. Non è politicamente opportuno, e il legislatore non à voluto, che quell'organo giudiziario, il quale mantiene l'ordine giuridico applicando la legge di diritto privato, segua, nella realizzazione dei suoi fini, norme che prescindono dai rapporti costituiti dalle leggi stesse vigenti fra i privati.

24. — La ragione principale che consiglia di respingere le teorie processualistiche sopra accennate, è questa: che esse non tengono abbastanza in conto il requisito della frode, essenziale, secondo la nostra legge, all'istituto.

Questa proposizione, sebbene sia largamente condivisa, abbisogna tuttavia di una dimostrazione testuale. Gran parte delle norme in tema di revocatoria fanno espresso riferimento alla frode; anzi, nel testo principale, essa è assunta come unica caratteristica del fatto del debitore contro cui si reagisce. Così anche nell'art. 680 c. c., negli art. 167 e 207 c. c. l. I, e nell'art. 708 c. co.. Quale presupposto dell'opposizione revocatoria (art. 512 c. p. c.) è richiesto addirittura il dolo, o la collusione. In altri testi (revocatoria fallimentare, revocatoria contro i soci a responsabilità illimitata nelle liquidazioni coatte amministrative, revocatoria penale) vi è una presunzione relativa di frode. Questa figura, se anche da un punto di vista pratico importa un minor peso della frode nel regime dell'istituto, da un punto di vista tecnico costituisce una regola puramente processuale, la quale modifica il regime della prova (40). Occorre appena ricordare che quella vecchia dottrina che vede una presunzione assoluta di frode nel capoverso dell'art. 709 c. co. è certamente infondata; essa è contraria alla lettera della legge, che parla della « stessa pre-

(40) CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 324, p. 812 ss..

sunzione », e cioè della presunzione relativa di cui al principio dell'articolo (41).

Un solo testo della legge italiana non accenna al requisito della frode: l'art. 949 c. c., in tema di revoca della rinuncia all'eredità. Qui effettivamente può sorgere il dubbio, che almeno in questo caso sia sufficiente il pregiudizio, e che perciò almeno in questo caso la revoca abbia carattere oggettivo.

Per bene intendere la portata del tanto discusso art. 949 bisogna richiamare ancora una volta il diritto francese. Il codice Napoleone, nelle norme sulla revoca della rinuncia all'usufrutto (art. 622) e all'eredità (art. 788) e dell'abbandono antecipato del godimento dei beni gravati di sostituzione fedecommissaria (art. 1053), richiede il pregiudizio, ma non la frode. Su questi testi si era formata una teoria (che del resto aveva con sè una notevole tradizione storica), che non riteneva fosse necessaria la frode per la revocabilità delle rinunce (42). Ma questo insegnamento non ebbe fortuna. In contrario si osservò, fra l'altro, che la parola *frode* non è entrata nei citati articoli perchè questi furono votati dal corpo legislativo prima dell'art. 1167 (corrispondente all'art. 1235 c. c. it.); ma che si trova nell'art. 1465, che considera pure una rinuncia, e che è stato votato dopo l'art. 1167.

Nel diritto italiano la questione è anche più semplice. Gli articoli 622 e 1053 c. c. franc. non ànno corrispondenti nel nostro codice, e ciò fa venir meno la sostenibilità di quella teoria che non esige la frode per la revoca delle rinunce in genere. D'altra parte, non essendo stato riprodotto il 2° comma dell'art. 1167 c. c. franc., che rinvia alle regole speciali dettate in tema di successioni, è stata accentuata la generalità del precetto dell'art. 1235 rispetto alle altre

---

(41) Citazioni della letteratura, e più ampia confutazione di questa dottrina in BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 427 nota 5, p. 917 s. In senso contrario, fra gli autori più recenti, MOSSA, *Diritto commerciale*, Milano, 1937, II, p. 693.

(42) CAPMAS, *De la revocation des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier*, Parigi, 1847, p. 36; BÉDARRIDE, *Traité du dol* cit., IV, n. 1562, p. 197 s.; AUBRY e RAU, *Cours* cit., IV, § 313 testo e nota 18, p. 223 ss., ed ivi citazioni di altri autori nello stesso senso; cfr. anche, lo stesso *Cours*, IX, § 613 nota 36, p. 599. Secondo questi due autori la frode non sarebbe richiesta nelle alienazioni a titolo gratuito in genere. *Contra*: PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 931, p. 234, ed ivi stato della dottrina francese: MALLET, *Renonciation à la succession* cit., n. 146 ss., p. 175 ss.

regole sulla revocatoria. Cosicchè è oggi opinione prevalente quella che richiede la frode anche nel caso di revoca della rinuncia all'eredità (43).

Se dunque in tutte le ipotesi di revocatoria la legge fa riferimento, espresso o implicito, alla frode come ad un presupposto essenziale ed anzi predominante dell'istituto, occorre concludere che la revoca degli atti fraudolenti à il suo fondamento nella valutazione di una volontà, e perciò un fondamento soggettivo. Si confronti, per rendersi conto della diversità delle situazioni, la revocatoria con l'azione di riduzione delle disposizioni lesive della legittima, istituto che certo à un fondamento oggettivo (44): se il *de cuius* à disposto a favore di terzi, oltre i limiti della legittima, le disposizioni sono riducibili, prescindendosi da ogni valutazione della sua volontà.

Allora, poichè la frode è essenziale alla revoca, si deve giungere a questa conseguenza. Se, in considerazione del carattere soggettivo del fatto di una persona, a carico di questa sono disposte delle conseguenze dannose, si deve intendere che vi sia pure un precetto giuridico, diretto ad imporre al soggetto una norma di condotta, e che questa sia violata. In altri termini, se un fatto dannoso in tanto determina una sanzione in quanto sia volontario, si deve presupporre l'esistenza di un rapporto giuridico, che, per limitare la volontà del soggetto, deve avere carattere sostanziale: si deve avere cioè una diretta composizione di un conflitto di interessi fra due soggetti, e perciò un rapporto giuridico. Questo rapporto giuridico deve identificarsi a mio avviso nel rapporto di garanzia. La frode è violazione di tale rapporto, previsto negli art. 1948-1949, ed è perciò un illecito (45).

---

(43) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 68, p. 231; BREZZO, *Revoca* cit., n. 216, p. 451; POLACCO, *Successioni* cit., II, p. 401 ss.; FILOMUSI-GUELFI, *Successioni, parte gen.* cit., n. 111 s.; COVIELLO, *Successioni* cit., I, p. 214 ss., e molti altri autori. *Contra:* CHIRONI, *Istituzioni* cit., II, § 447, p. 419; VENZI, *Note* cit., VI, parte 2ª, p. 84 ss..

(44) SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, Padova, 1936, n. 24, p. 74 ss.

(45) Che il fondamento della revoca sia nell'illecito del debitore è insegnato da autorevoli scrittori, i quali però sono discordi nello spiegare la ragione dell'illiceità: cfr. n. 27 ss. È da ricordare qui che il BETTI, *Concetto dell'obbligazione* cit., n. 33, p. 339, nota 42, si limita ad ammettere che l'illiceità, che sta

In tal modo l'analisi del fondamento della revoca conduce a definire il carattere del rapporto di garanzia. Tuttavia prima di esaminare più compiutamente questo argomento è opportuno precisare meglio in che senso la revoca presuppone un illecito del debitore.

25. — La frode è un illecito in confronto del creditore. Qui sorgono gravi problemi: non vi è dubbio che il fatto contro cui si dirige la revoca consiste in ciò che il debitore, da solo oppure insieme ad un terzo, pone in essere un atto giuridico; ma come può essere considerato illecito il compimento di un atto giuridico, se questo è appunto un atto non solo tipicamente lecito, ma anzi fondato sulla legge? Rispetto al creditore, il negozio impugnabile non viene in considerazione come negozio, ma solo come un elemento di una fattispecie più complessa, che è appunto la frode ai creditori: questo punto sarà meglio sviluppato in seguito.

Ma come mai il negozio fraudolento può riguardare il creditore che è un terzo?

La risposta a questa domanda, che concerne uno dei punti fondamentali della revoca, si trova nel testo stesso della legge, ove si rifletta sul valore del principio della relatività dei contratti, sancito dall'art. 1130.

Si è già notato altrove (n. 4) come alla norma corrispondente all'art. 1130 nel codice francese (art. 1165) segua la norma ammissiva della revoca (art. 1167), con un nesso verbale tra l'una e l'altra che sta ad indicare come la prima sia la regola e la seconda l'eccezione; e che lo stesso rapporto sussiste anche per la nostra legge (46), nonostante la diversa collocazione delle due norme.

Ma questa relazione nella nostra dottrina non è richiama-

---

a fondamento della revoca, consiste nella violazione di un diritto del creditore sul patrimonio del debitore.

(46) Che questa sia stata l'intenzione del legislatore si argomenta anche dai lavori preparatori del Codice civile del 1865. Nella *Relazione Ministeriale sul progetto del 3° libro del c. c.*, n. 149, si legge: « Alla regola che i contratti hanno soltanto effetto tra le parti contraenti, e che le obbligazioni non pregiudicano nè giovano ai terzi, sono fatte da tutti i Codici Civili alcune eccezioni. Tra esse deve notarsi quella per cui i creditori possono impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatto in frode delle loro ragioni » (in GIANZANA, *Codice civile* ecc., Torino, 1887, I, p. 91 s.).

ta (47) e la stessa dottrina francese la disconosce, considerando la surrogatoria e la revocatoria come eccezioni soltanto apparenti al principio della relatività dei contratti e in genere delle situazioni giuridiche, e ritenendo che il collegamento fra i citati articoli del codice francese derivi soltanto da un'imprecisione di linguaggio del legislatore.

Si dice che di massima i creditori sono *rappresentati* dal debitore (48), e che perciò essi non possono essere considerati come terzi; ma come terzi invece si presentano in ciò che concerne gli atti fraudolenti, fatti in frode dei diritti dei creditori, perchè *on ne représente pas ceux que l'on trompe* (49).

Questo ragionamento, che fa dipendere la qualità di terzo dalla sussistenza di un pregiudizio che varrebbe a far venir meno un rapporto di rappresentanza (50), e non da una partecipazione o estraneità ad un negozio, è evidentemente erroneo. I creditori sono dei terzi ai sensi dell'art. 1165 c. c. franc., e dell'art. 1130 c. c. it., semplicemente perchè non sono parti del negozio.

Ed allora, se i creditori sono terzi rispetto ad ogni contratto concluso dal loro debitore e da un altro soggetto, qual'è, rispetto alla revoca, il significato del principio che i contratti non « pregiudicano... i terzi fuorchè nei casi stabiliti dalla legge » ?

È chiaro che la legge non può riferirsi qui a un danno di ordine economico che non consente reazioni di carattere giuridico, perchè si avrebbe allora una disposizione priva di senso. Se un contraente dovesse preoccuparsi delle conseguenze dei contratti che stipula di fronte a qualunque terzo, non potrebbe più contrattare (51): ogni atto può ledere o favorire gli interessi dei terzi.

---

(47) Questo accostamento trovo accennato solo in SCADUTO e RUBINO, voce *Illecito (atto)*, in *Nuovo Digesto italiano*, VI, Torino, 1938, n. 3; e in SANTORO-PASSARELLI, *Limite di opponibilità della simulazione*, *Riv. dir. comm.* 1939, II, n. 4, p. 317 s..

(48) Formula corrente nella dottrina francese odierna ed in quella italiana di un tempo. Dubitano dell'esattezza dell'espressione PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, I, in *Traité* cit., VI, n. 328, p. 450.

(49) In questo senso cfr., per tutti, WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Parigi, 1939, n. 69, p. 124, ed ivi dottrina.

(50) Sull'importanza che la dottrina francese annette a questa nozione, cfr. quanto osserva il WEILL, op. cit., n. 70, p. 125, quando definisce chi sia terzo a sensi dell'art. 1165 c. c. franc..

(51) WEILL, op. cit., n. 79, p. 145 s..

D'altra parte, l'art. 1130 non può significare soltanto che, di massima, i contratti non possono far sorgere un'obbligazione a carico di un terzo; non può cioè riferirsi soltanto alla limitazione alle parti degli effetti obbligatori dei contratti, come pretende buona parte della dottrina (52). In fatti non solo il termine *pregiudicare* verrebbe così arbitrariamente ristretto, ma anche la limitazione soggettiva degli effetti obbligatori risulta da altre disposizioni (articoli 1123, 1129).

L'art. 1130 vuol dire invece che il terzo può reagire contro il contratto, ed in genere contro l'atto di disposizione che gli reca danno, solo nei casi, stabiliti dalla legge, in cui il danno sia illegittimo, e perciò si configuri come *pregiudizio*: e cioè nei casi in cui un atto dispositivo importa una violazione di un suo diritto.

S'intende allora come la revoca rappresenti la difesa concessa dalla legge a un terzo creditore il cui diritto è stato pregiudicato da un atto giuridico del debitore; difesa che, come richiede l'articolo 1130, è stabilita espressamente nell'art. 1235.

Ora si può cercare di definire meglio la nozione giuridica di garanzia dell'obbligazione dal punto di vista della tutela del creditore contro gli atti del debitore, che tendono a sottrarre i beni ad un'eventuale sanzione esecutiva.

26. — Nel nostro diritto vi è, accanto al rapporto di obbligazione ed in funzione della possibile esecuzione forzata, un altro rapporto di diritto materiale, che si può chiamare rapporto di garanzia. Per esso il creditore à diritto e il debitore à dovere di conservare una certa quantità di beni che assicurino un utile svolgimento di un'eventuale esecuzione. Il rapporto è rispetto ad essa strumentale; ma à presupposti, natura ed effetti del tutto indipendenti dal rapporto esecutivo.

Il contenuto del rapporto di garanzia è indicato negli art. 1948 e 1949 c. c.; e la tutela dello stesso in varie disposizioni, fra cui à particolarissima importanza appunto l'art. 1235 c. c..

Gli art. 1948 e 1949 si trovano nel libro terzo del codice civile, titolo XXIII, sotto la rubrica «dei privilegi e delle ipoteche», quali norme preliminari alle disposizioni sulle cause legittime di prela-

(52) Weill, op. cit., n. 79, p. 146 s. ed ivi, nota 2, letteratura francese.

zione, in quanto regolano la destinazione dei beni alla soddisfazione dei creditori, nel caso che non esistano cause legittime di prelazione.

Alla lettera, l'art. 1948 accenna ad un dovere giuridico del debitore: egli deve adempiere l'obbligazione con tutti i suoi beni; l'art. 1949 accenna ad un diritto comune dei creditori riguardo ai beni del debitore.

L'interpretazione sistematica di questi due articoli dimostra che essi descrivono l'aspetto passivo ed attivo del rapporto giuridico di garanzia.

È opportuno considerare per primo il diritto di garanzia dei creditori. L'art. 1949 non ne descrive il contenuto; poichè, da un lato, si limita a richiamare la funzione dei beni di garantire i creditori, espressione altrettanto vaga quanto quella di Livio quando parlò, a proposito della *lex Poetelia,* dei *bona obnoxia* al creditore; dall'altro non dice se il creditore abbia un diritto sui beni o ai beni; nè se questo diritto sia sostanziale o processuale. Il precedente immediato dell'art. 1949, l'art. 2093 c. c. franc. sembra propendere per questa seconda soluzione: «les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; *et le prix s'en distribue entre eux par contribution,* à moins qu'il n' y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

Il diritto dei creditori indicato nell'art. 1949 non è certo lo stesso diritto di credito, perchè à per oggetto non la *res debita,* ma i beni del debitore in genere. Forse può giovare il ravvicinamento del disposto dell'art. 1949 a quello dell'art. 1964, 1° comma: «l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore, *per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione*». Si può dunque dire che, in mancanza di cause legittime di prelazione, il soddisfacimento dell'obbligazione è assicurato sopra tutti i beni del debitore; e che la legge così si riferisce, per la nozione di garanzia in genere, a quel concetto di destinazione che è stato così opportunamente posto in luce dal Betti. Ma mentre per l'ipoteca l'art. 1964 dichiara che il mezzo tecnico per mantenere la garanzia durante la pendenza dell'obbligazione è il diritto reale (a parte la discussione se questa denominazione sia propria o no); in tema di garanzia generica l'art. 1949, sebbene disponga che vi è un diritto dei creditori alla destinazione accennata, non giunge alla definizione di questo diritto.

Nemmeno l'art. 1948 descrive completamente il contenuto del dovere giuridico a cui esso accenna. Certo è che questo articolo non si limita a disporre che il debitore *deve* adempiere, perchè allora sarebbe una ripetizione dell'art. 1218, e sarebbe per giunta una disposizione priva di senso, perchè il debitore deve adempiere prestando il bene dovuto e non tutti i beni. Nè l'art. 1948 riguarda la sola soggezione all'esecuzione; perchè in esso è cenno di un obbligo, e così di un vincolo della volontà.

La disposizione risulta invece comprensibile, ove si intenda che essa stabilisce un obbligo del debitore di destinare i suoi beni alla garanzia dell'obbligazione. Ciò non significa — è chiaro — che egli debba effettivamente impiegarli tutti a garantire l'obbligazione; ma che, se è necessario, deve impiegarli anche tutti. Questa precisazione à ragioni storiche: un tempo era notevole la quantità di beni patrimoniali che, come era sottratta al potere di disposizione del titolare, così era sottratta all'espropriazione da parte dei creditori di esso: basti pensare ai beni gravati di fedecommesso (53), e, ancora oggi, alla dote (art. 189 c. c. l. I).

Come poi il vincolo di destinazione si specifichi in sede di esecuzione su determinati beni, è problema che riguarda il processo esecutivo.

L'obbligo del debitore di destinare i beni patrimoniali all'adempimento dell'obbligazione dura quanto l'obbligazione stessa. Ciò si deduce chiaramente dall'art. 1948. Se così non fosse, non si potrebbe comprendere come anche i beni futuri rispetto al momento in cui sorge l'obbligazione debbano essere destinati all'adempimento della stessa.

Ma fin qui l'interpretazione degli art. 1948 e 1949 dice poco. Quanto essi dispongono non è ancora però una norma giuridica completa. È prevista infatti una fattispecie: sussistenza di un rap-

---

(53) Secondo i legislatori del codice Napoleone la sostituzione fedecommissaria è considerata contraria alla sicurezza delle contrattazioni, fra l'altro, anche perchè «si vedrebbero persone gravate di sostituzione, col godimento di grandi ricchezze, e perciò di un vasto credito, che muoiono in stato di insolvenza» (LOCRÉ, *Législation civile* cit., XI, p. 359 s.). Oggi il problema si ripresenta per la reintroduzione della sostituzione fedecommissaria nel nostro diritto, e per il patrimonio familiare: ad ovviare il pericolo è disposta la trascrizione del vincolo (art. 167 c. c. l. I).

porto d'obbligazione; e c'è un comando: dovere del creditore di destinare tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri, all'adempimento dell'obbligazione, e corrispondente diritto di tutti i suoi creditori; ma non c'è una sanzione, nè la specie del comando indicato dà alcun aiuto per determinarla, poichè il dovere giuridico in genere non à una sanzione tipica come la obbligazione, o l'obbligo corrispondente al diritto reale.

La sanzione è data dalla norma che ammette la revoca degli atti fraudolenti. La funzione della revoca si precisa così, in quanto l'art. 1235, norma a carattere puramente sanzionatorio, si collega agli art. 1948-1949, norme a carattere puramente precettivo; si tratta, nell'insieme, di un solo e completo comando giuridico. La revoca è sanzione dell'obbligo di garanzia, ove esso sia violato dal debitore con un'attività negoziale (54).

Come l'art. 1235 richiede, quale presupposto essenziale della revoca, la *frode* del debitore, e così una valutazione della volontà di questo nella violazione del precetto, il precetto medesimo è diretto alla volontà del debitore e importa a suo carico un vero e proprio obbligo e non una semplice soggezione. Ciò conferma che gli articoli 1948 e 1949 si riferiscono ad un rapporto materiale, che non si esaurisce in una semplice soggezione e in un corrispondente potere esecutivo.

In conclusione: nell'istituto dell'obbligazione si possono distinguere due rapporti giuridici intercedenti fra debitore e creditore: un rapporto principale debito-credito, ed uno accessorio dovere-diritto di garanzia del soddisfacimento dell'obbligazione.

L'uno e l'altro ànno una diversa tutela processuale.

Da un punto di vista processualistico — in quanto cioè si attui un'esecuzione forzata — in funzione del credito vi è un potere di aggressione del creditore sul patrimonio del debitore, e una soggezione corrispondente di questo. Ma tale relazione eventuale è estranea alla definizione dell'obbligazione, considerata da un punto di vista statico. Essa non rappresenta che un momento successivo della stessa, in quanto, per effetto dell'inadempimento, se ne possa attuare la sanzione.

---

(54) In questo senso: Cass. 18. 2. 1932, Bonetti c. Alberici, *Foro Lomb.* 1933, I, 1, però con un'interpretazione assai imprecisa dell'art. 1949 c. c..

Il rapporto di garanzia à pure una sua tutela processuale, altrettanto ricca e varia quanto quella del rapporto debito-credito, in vari istituti (cfr. n. 2).

Quello che in genere la dottrina definisce come elemento della responsabilità si scompone dunque in una soggezione processuale all'esecuzione, che sta a tutela del rapporto credito-debito ed in un dovere giuridico sostanziale ed accessorio, che si può chiamare obbligo di garanzia, il quale rientra nel contenuto dell'obbligazione. Analogo discorso per il lato attivo della responsabilità. Azione esecutiva e responsabilità, diritto e obbligo di garanzia sono dunque nozioni distinte, che stanno su un piano diverso rispetto al rapporto di obbligazione.

27. — Per definire più precisamente la natura giuridica del rapporto accessorio di garanzia, occorre inquadrarlo negli schemi formulati dalla dottrina del diritto privato nella distinzione dei diritti patrimoniali. Questa ricerca richiede che siano brevemente esposte e criticate certe soluzioni del problema che sono state proposte da alcuni giuristi italiani.

In primo luogo mi sembra utile esaminare brevemente, sebbene siano ormai superate, le costruzioni che inquadrano il diritto di garanzia nello schema del diritto reale: e cioè le costruzioni del Pacchioni e di Alfredo Rocco.

Il primo vede nell'obbligazione due elementi, *debito* e *rispondenza,* che danno luogo a due distinti rapporti: il puro rapporto di debito, costituito dal dovere del debitore, definito come uno stato di pressione psicologica del debitore, per effetto dell'esistenza di una norma giuridica che gli impone di eseguire una data prestazione a una data persona, e dalla legittima aspettativa di questa persona, definita come uno stato di fiducia giuridica di ricevere una prestazione, per il solo fatto che questa le è giuridicamente dovuta; e il rapporto di rispondenza, costituito da uno stato di assoggettamento sia di una persona, che di una o più cose, o di un intero patrimonio, e dal diritto di colui, a cui è dovuta la prestazione, di far valere tale assoggettamento per rendere più probabile l'adempimento della prestazione stessa da parte del debitore, e di ottenere l'oggetto, o il valore dell'oggetto della prestazione stessa, se questa non è spontaneamen-

te eseguita (55). Questo, che è il solo diritto spettante al creditore, si configura come *diritto di controllo gestorio* durante la pendenza dell'obbligazione, e si trasforma in diritto di aggressione del patrimonio nel periodo di tempo che si inizia coll'inadempienza (56).

Il fondamento di questa costruzione sta nell'opinione che la coercibilità sia non un elemento costitutivo o una qualità del dovere giuridico, ma un *quid* che sta al di fuori del medesimo (57); e che il diritto soggettivo sia un potere giuridico sul mondo esteriore: il titolare del diritto soggettivo «può, coll'assistenza della forza fisica dello Stato, ottenere, godere o disporre di un bene qualsiasi». Tale potere si à solo nel diritto reale, mentre il così detto diritto alla prestazione non è vero diritto, perchè il debitore esegue solo se vuole. Diritto e dovere non sono termini correlativi (58), poichè al dovere può corrispondere solo un'aspettativa giuridica, e non un diritto, che è un potere.

Così anche debito e credito non sono termini correlativi, ma rapporti indipendenti, sebbene connessi, ed aventi ciascuno il proprio oggetto, e cioè rispettivamente la prestazione ed il patrimonio del debitore; e il proprio soggetto: ma il debito à solo un soggetto passivo, il debitore, e non à soggetto attivo; e il credito solo un soggetto attivo, non soggetto passivo (59).

Il diritto del creditore è inteso così come diritto reale sul patrimonio del debitore; ma come un diritto reale di garanzia *sui generis* «che trae la sua particolare fisionomia dalle speciali disposizioni che lo disciplinano, cioè dagli art. 1948, 1949, 1234, 1235 cod. civ. e 708 e segg. cod. comm.; dagli art. 1875 e segg. cod. civ. e 921 e 924 e segg. cod. proc. civ. e infine dal complesso delle disposizioni

---

(55) *Obbligazioni* cit., p. 15 ss..

(56) Op. cit., p. 42.

(57) Op. cit., p. 21; cfr. anche *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, nel *Diritto civile* cit., I, 2ª ed., Padova, 1937, n. 6, p. 6 s., e *Obbligazioni* cit., p. 50 s., nella critica alle opinioni di L. Coviello *jr*.. La giuridicità del comando deriverebbe dall'autorità dalla quale esso è emanato. Un diverso concetto, basato invece sullo scopo del comando, è però accolto dallo stesso Pacchioni, *Delle leggi in generale* cit., p. 5 s.

(58) *Obbligazioni* cit., p. 29, p. 15 s.; nello stesso senso, ma con formulazione diversa, Barbero, *Il diritto soggettivo* cit., n. 10, col. 31 s..

(59) Op. cit., p. 28.

relative alla esecuzione mobiliare e immobiliare e da quelle sul fallimento » (60).

Per accogliere questa opinione bisognerebbe rinunciare ad alcuni principi che ànno base solida ed antica (61). Quando si dice che il diritto del creditore è un diritto reale sul patrimonio del debitore, si è completamente fuori del diritto italiano oggi vigente.

Tuttavia la concezione del diritto del creditore come diritto di controllo gestorio, durante la pendenza dell'obbligazione, è, a mio avviso, una felice intuizione: esso comprende nel suo ambito tutti i poteri che si sono indicati come diretti a porre in essere la sanzione del diritto di garanzia.

Il Rocco, partendo dalle premesse che, essendo la coazione elemento essenziale del diritto, la forma di essa concorre a determinare la struttura del diritto stesso, e che il credito consiste in un diritto ad un'azione altrui per il soddisfacimento d'un bisogno del titolare, osserva che per questa particolare natura della obbligazione, la coazione si può attuare solo mediatamente, nel senso che per essa il creditore ottiene non la prestazione, ma solo il risultato economico di questa, e cioè una somma di denaro (62); tale somma di denaro è dal creditore conseguita mediante l'esercizio coattivo di un diritto sul patrimonio, distinto dal diritto di credito, del quale costituisce però un equivalente, ma la cui realizzazione, appunto per ciò, esclude la realizzazione del credito (63).

Il creditore, accanto al diritto di credito, à un diritto reale ed assoluto di agire sul patrimonio del debitore per ottenere l'equivalente pecuniario della prestazione; corrispondentemente il debitore,

---

(60) Op. cit., p. 41 s. La natura del diritto del creditore è nuovamente esposta a p. 54 ss.; ed i rapporti fra il diritto di garanzia e le citate norme di legge sono esaminati più ampiamente a p. 72 ss..

(61) Contro le premesse del PACCHIONI, cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit., n. 2, p. 228 ss.; e, per una diffusa critica di tutta la costruzione, L. COVIELLO *jr.*, *L'obbligazione negativa* cit., I, p. 10 ss.

(62) *Il fallimento, teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917, n. 8, p. 17, n. 11, p. 25 testo e nota 1, n. 7 p. 13 testo e nota 3, n. 11, p. 22 ss. È da tener presente che per il Rocco l'esecuzione non attua immediatamente il diritto del creditore nemmeno nei casi in cui si parla di una coazione all'adempimento specifico: cfr. p. 22 nota 1. Coll'esecuzione si attua invece il diritto di garanzia: n. 13 s., p. 31 ss..

(63) Op. cit. n. 11, p. 22.

oltre all'obbligazione, à l'obbligo (propriamente detto) di permettere al creditore la realizzazione sul patrimonio dell'equivalente pecuniario (64).

Lo Stato, per effetto dell'azione esecutiva, realizza il diritto del creditore sul patrimonio del debitore. Tale diritto consiste nella facoltà di vendere i beni del debitore allo scopo di soddisfarsi sul prezzo, e va perciò definito come un pegno, e cioè come diritto di realizzare e far proprio il valore pecuniario della cosa, in caso di inadempimento del debitore (65); un pegno ridotto ai suoi termini più semplici, alla sua forma essenziale. Nasce contemporaneamente all'obbligazione ed à per oggetto il patrimonio del debitore considerato come *universitas*: ciò si desume dall'art. 1948 (66).

Il pegno si manifesta, come diritto reale, in due categorie di norme: in quelle relative alle facoltà attribuite al creditore (fra queste principalissima la facoltà di alienare le cose e di farne suo il prezzo), e in quelle relative all'obbligo del debitore di rispettare l'esercizio del diritto medesimo, e le conseguenze della violazione di questo. Gli istituti che si riconnettono al pegno del creditore e ne regolano le conseguenze, sono, oltre all'esecuzione forzata, il sequestro, la surrogatoria e la revocatoria (67).

Contro questa teoria del Rocco sono state sollevate varie obbiezioni: il patrimonio non si può considerare come *universitas* agli effetti della garanzia del creditore (68), perchè non il patrimonio come tale, è l'oggetto della garanzia, ma i beni che lo compongono, e anche l'esecuzione forzata à carattere speciale (69).

---

(64) Op. cit. n. 12, p. 29 testo e nota 1, con breve storia dei precedenti di questa teoria.

(65) Op. cit., 15, p. 41. Recentemente à aderito, sebbene con alcune riserve, all'opinione del Rocco, il D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., n. 16 ss., p. 32 ss.

(66) Rocco, op. cit., p. 51.

(67) Op. cit., n. 40, p. 52.

(68) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 27 ss., p. 36; F. Ferrara, *Trattato* cit., I, n. 183, p. 871 s.; Fadda e Bensa, *Note* cit., IV, p. 193 s.; Polacco, *Obbligazioni* cit., n. 16 *quater*, p. 86; Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, *Riv. dir. comm.* 1915, I, n. 11 ss., p. 550 ss.; Id., *Diritto e processo* cit., n. 38, p. 311 ss.; Betti, *Concetto della obbligazione* cit., n. 33, p. 336 ss.; Barbero, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, n. 116, p. 399 s., il quale sostiene tuttavia un concetto di garanzia che non mi sembra accettabile.

(69) Cfr. specialmente su questo punto, Betti, op. cit., n. 33, p. 338; Bar-

Inoltre, se un pegno ci fosse, si dovrebbe avere un vincolo reale, e al debitore dovrebbe essere tolta la libera disponibilità sul proprio patrimonio, mentre egli rimane libero di disporre, almeno entro certi limiti (70). Nè è concepibile pegno senza ordine di preferenza determinato dalla data di costituzione nè la coesistenza di una garanzia reale generica con una eventuale garanzia reale specifica. Mi sembra che si possa aggiungere, che, se si trattasse di un diritto reale, poichè la legge dice che la garantia è comune fra tutti i creditori, bisognerebbe dimostrare anche come sia conciliabile la realità del diritto con la spettanza contemporanea di esso a più persone su un medesimo oggetto.

Queste critiche portano dunque ad escludere non solo la sussistenza di un diritto di pegno (qualunque sia la nozione di tale diritto che si vuole accogliere), ma anche la sussistenza di qualsiasi specie di diritto reale.

La riprova che l'opinione, che dà al diritto di garanzia carattere reale, è insostenibile, si à proprio nella costruzione della revoca: la tutela processuale del diritto di garanzia e la tutela del diritto di credito sono confuse insieme, in modo che riesce difficile determinare il fondamento dell'istituto qui esaminato. Secondo il Pacchioni il potere di disporre del debitore è limitato dal dovere di non ledere colle sue disposizioni il diritto di garanzia dei creditori (71); secondo il Rocco l'alienazione fraudolenta e dannosa non è che la violazione del diritto di pegno, perchè diminuire il valore del patrimonio vuol dire diminuire il valore dell'oggetto del pegno (72): essa è dunque un illecito. Ma non si spiega con questa teoria perchè, diversamente da quanto succede nella violazione degli altri diritti reali, qui sia richiesto l'elemento soggettivo della frode; nè come mai il creditore non sia tutelato con un diritto di seguito verso ogni terzo (73). Nè ci si può accontentare di considerare il disposto del-

---

BERO, op. cit., loc. cit.; POLACCO, *Obbligazioni* cit., n. 16 *quater*, p. 87, che dimostra l'indipendenza della garanzia generica dalla realità del pignoramento nell'esecuzione.

(70) BETTI, *Concetto dell'obbligazione* cit., n. 33, p. 338 s..

(71) *Obbligazioni* cit., p. 42.

(72) *Fallimento* cit., n. 30, p. 83 s.; voce *Fallimento* cit., n. 40.

(73) CICU, op. cit., p. 36 ss.. Cfr. anche GANGI, *Debito e responsabilità* cit., p. 333 s.; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 41.

l'art. 1235, u. c., come una semplice *limitazione* dell'efficacia reale verso i terzi (74); perchè qui non tanto c'è una limitazione, ma un presupposto che è essenzialmente diverso da quello che vale per i diritti reali, la valutazione della buona o mala fede del terzo.

28. — Secondo un'altra teoria si avrebbe un'obbligazione di garanzia da parte del debitore.

Il Cicu, al termine di un'indagine su vari istituti, condotta dal punto di vista degli effetti dell'obbligazione sul patrimonio del debitore, afferma che, accanto al diritto principale del creditore alla prestazione (che può trasformarsi in diritto alla prestazione del risarcimento), sta un diritto del creditore sui beni del debitore (75). L'elemento accessorio costituito dal vincolo di garanzia sui beni non si confonde con la sanzione, in quanto sussiste anche quando non vi è una violazione giuridica.

Fin qui questa teoria giunge alle stesse conseguenze a cui mi è parso di poter arrivare, sia pure per diversa via, nelle pagine precedenti. Non così negli sviluppi successivi. Il vincolo di garanzia, che coll'esecuzione forzata acquista carattere reale, sorgerebbe come vincolo personale (76) e, più precisamente, obbligatorio: vi è una *obbligazione* del debitore di non sopprimere o diminuire la garanzia che i suoi beni rappresentano per i creditori.

La dimostrazione di questa tesi è fondata sopratutto sul regime della revoca. Si è detto: poichè la frode è il presupposto principale della revoca, e d'altra parte la dottrina tradizionale non esige il dolo del debitore, ma ritiene sufficiente la consapevolezza del debitore stesso di rendersi insolvente coll'alienazione, si deve concludere che l'illecito del debitore non può essere un illecito extracontrattuale, poichè la semplice conoscenza dell'effetto che un atto determinerà non costituisce in sè e per sè comportamento illecito. A ritenere sussistente un illecito si può invece arrivare, ove si ammetta un obbligo preesistente, per cui «l'atto sia vietato per sè stesso in quanto produce quell'effetto: è pertanto necessario ammettere un obbligo nel de-

(74) Come vorrebbe il PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 41, nota 2.

(75) *Obbligazione* cit., p. 280 ss.

(76) Op. cit., p. 285 ss.

bitore di non alienare quando egli sappia che l'alienazione torna a danno dei creditori» (77).

La sussistenza dell'obbligo si desume dall'art. 1949. L'alienazione fraudolenta è inadempimento colposo dello stesso ed importa perciò un illecito di carattere contrattuale. La conoscenza del danno è richiesta appunto perchè essa pone il debitore in colpa.

A questo punto è da avvertire che il dovere di garanzia del debitore è definito dal Cicu come *obbligo* o *obbligazione*: questo credo sia il punto in cui questa teoria presta il fianco alla critica (78).

La sanzione dell'inadempimento dell'obbligazione sarebbe qui la revoca dell'atto, anzichè il risarcimento dei danni e l'esecuzione forzata sul patrimonio dell'obbligato, perchè una sanzione di questo genere sarebbe stata irrisoria, essendo presupposto dell'inadempimento proprio la insolvenza. La revoca deve considerarsi una forma di esecuzione specifica, come quella prevista negli art. 1220 e 1222, in quanto «il creditore domanda che sia distrutto quel che il debitore ha fatto e non doveva fare» (79).

Conseguenza di questa natura dell'alienazione fraudolenta sarebbe l'inversione dell'onere della prova dei presupposti della revoca: spetta al debitore provare l'assenza di frode e di danno (80).

Mi pare che questa teoria vada incontro ad alcune gravi obbiezioni.

Innanzi tutto non sembra fondato il tentativo di sussumere la revoca nell'esecuzione in forma specifica. Non solo i presupposti delle due sanzioni sono diversi, in quanto l'art. 1222 si riferisce non ad un comportamento giuridico, ma ad un'attività materiale del debitore; ma anche l'effetto è diverso, perchè la revoca non riporta certo le cose *statu quo*. Ed allora non si intende come ci si possa richiamare alla pratica insufficienza del risarcimento del danno per

---

(77) Op. cit., p. 50 ss.; ID., *Appunti in tema di revocatoria, Riv. dir. comm.* 1934, II, p. 125 s..

(78) *Obbligazione* cit., p. 52. In realtà il CICU parla indifferentemente di *obbligazione* e di *obbligo;* ma poichè cerca di spiegare come la sanzione di questo precetto non sia il risarcimento del danno, ciò vuol dire che egli intende riferirsi ad un'obbligazione propriamente detta, altrimenti il problema non avrebbe ragion d'essere.

(79) *Obbligazione* cit., p. 53; ID., *Appunti* cit., p. 126.

(80) *Obbligazione* cit., p. 65 ss.

giustificare dogmaticamente l'esistenza di una sanzione del tutto estranea a quella che è normale dell'obbligazione. Se la sanzione dell'alienazione fraudolenta è diversa da quella derivante dall'inadempimento dell'obbligazione, ciò deve far concludere che si è fuori da questa specie: poichè il carattere della sanzione è essenziale nella classificazione degli atti illeciti.

Ma lasciando anche da parte il carattere della sanzione, si può parlare di un'*obbligazione* del debitore di non diminuire le garanzie patrimoniali dei creditori? Se si trattasse veramente di un'*obbligazione* strumentale, diretta cioè a garantire il soddisfacimento del creditore, essa dovrebbe entrare nella definizione dell'obbligazione in genere: il che, da un punto di vista logico, è assurdo. Anche storicamente il mezzo diretto a far funzionare la sanzione dell'obbligazione è sempre stato un istituto diverso da questa, appunto perchè potesse funzionare una differente sanzione: così nell'azione penale romana, nel *contempt of Court* inglese, e, limitatamente a certe ipotesi, nel caso di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice nel nostro diritto (art. 388 c. p.).

Infine, il solo fatto che la costruzione porta ad invertire l'onere della prova dei presupposti della revoca, è conseguenza così grave che basterebbe essa sola a far respingere anche la premessa. Poichè è tradizione plurisecolare che l'onere della prova spetta al creditore agente; e questo principio è implicito, come del resto si riconosce (81), nelle disposizioni di legge, che, in determinati casi, portano a favore del creditore una presunzione relativa di frode, presupponendo così che normalmente la prova spetti a lui (82).

Sembra dunque si possa escludere l'esistenza di un'obbligazione di garanzia.

29. — Il rapporto di garanzia, che sta accanto al rapporto cre-

(81) CICU, op. cit., p. 70.

(82) All'opinione del CICU si avvicina quella del CALIENDO (voce *Azione revocatoria*, in *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino, 1937, n. 12), che vede nell'alienazione fraudolenta un illecito contrattuale, perchè essa sarebbe la violazione di un obbligo, complementare a quello di adempiere, di non fare atti di disposizione portanti all'impossibilità del soddisfacimento dell'obbligazione: tale obbligo complementare deriverebbe dall'art. 1235. Anche il CALIENDO non distingue fra obbligo e obbligazione.

dito-debito, non à carattere reale nè è un'obbligazione: come si deve classificarlo? Le due accennate categorie non esauriscono l'ambito dei rapporti patrimoniali: poichè vi sono rapporti giuridici relativi che non sono obbligazioni e rapporti giuridici assoluti che non sono reali (83). Resta dunque da vedere in quale di queste due categorie rientri il rapporto di garanzia.

La distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi, secondo l'estensione dell'efficacia verso chiunque o solo verso soggetti determinati, è abbastanza pacifica, anche se non sempre molto chiara (84).

Sembra si possa escludere, in base al criterio accennato, che il diritto di garanzia abbia carattere assoluto.

Già sarebbe difficilmente configurabile un diritto patrimoniale assoluto, ma non reale, oltre i diritti sulle opere dell'ingegno, che coi così detti diritti della personalità esauriscono la categoria dei diritti assoluti non reali, secondo la dottrina dominante.

Dal disposto dell'art. 1948, e dallo stesso contenuto del diritto di garanzia, si deduce poi che esso può essere violato soltanto da chi è tenuto ad adempiere, e cioè dal debitore: solo il debitore à il potere di disporre sui suoi beni. Se il diritto di garanzia fosse assoluto, ogni terzo dovrebbe essere in grado di violarlo per conto suo. Se invece un terzo danneggia il patrimonio di un soggetto, può danneggiare così di riflesso anche il creditore di lui, in quanto ne faccia venir meno una garanzia patrimoniale; ma allora, se anche il creditore può agire verso il terzo con la surrogatoria, nel caso di inerzia del debitore, il fatto del terzo non è mai un illecito in suo confronto (85).

Inoltre, la tutela del creditore è sempre data in confronto del debitore. Ciò è addirittura evidente nel caso della tutela preventiva,

---

(83) Mentre questa seconda proposizione è pacifica, la questione dei rapporti fra obbligazione e rapporto relativo è tutt'altro che chiara: ma, se non si vuol negare l'autonomia del concetto di obbligazione nel diritto moderno (cfr. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, spec. p. 29 ss.), la distinzione deve essere ammessa: l'obbligazione non è che uno dei rapporti relativi.

(84) FERRARA, *Trattato* cit., n. 88, p. 416 ss.; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Monaco, 1910-1918, I, § 11, p. 203 ss.; N. COVIELLO, *Manuale* cit., § 9, p. 28 s.; OERTMANN, *Der Dinglichkeitsbegriff*, *Iherings Jahrbücher*, XXXI, 1892, p. 415 ss..

(85) VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., I, § 11, p. 209.

come nel caso del sequestro conservativo: il creditore chiede che siano provvisoriamente tolti al debitore dei beni che questi potrebbe distrarre per sottrarli all'esecuzione forzata. In tema di revoca invece sono necessarie alcune osservazioni: l'azione revocatoria si rivolge anche contro i terzi, e in certe disposizioni la legge identifica o sembra identificare la posizione del terzo a quella del debitore fraudolento: vi è dunque, come à voluto sostenere una certa teoria, una tutela in senso assoluto del diritto del creditore (86)? Non credo.

Che nella revoca il terzo sia sacrificato a tutela del diritto del creditore è incontestabile; ma, come si vedrà meglio in seguito, il sacrificio del terzo non postula la sussistenza di un diritto assoluto di garanzia, ma soltanto quella di un diritto di garanzia che prevale al diritto acquistato dal terzo. Poichè un rapporto giuridico, anche se relativo, esiste non solo fra il soggetto attivo e il soggetto passivo, ma anche rispetto ai terzi che entrano in relazione con uno dei soggetti, e che in determinate circostanze, pur non essendo destinatari del comando presupposto dal rapporto, sono tenuti a rispettarne l'attuazione.

Non resta dunque che considerare il rapporto di garanzia come semplice rapporto giuridico relativo, senza i caratteri dell' obbligazione. Certo questa definizione non illumina molto la natura del rapporto; la categoria stessa è incerta, e, probabilmente, ancora in via di formazione. Ma pure questo è un risultato utile, mi sembra, in quanto la spiegazione qui proposta non va incontro alle gravi critiche che si possono muovere alle altre teorie finora avanzate. I caratteri più specifici del rapporto relativo qui accennato risulteranno nel corso dell' esposizione delle regole sulla revoca degli atti fraudolenti.

30. — Determinato il carattere del precetto di cui la alienazione fraudolenta costituisce violazione, bisogna classificare l'alienazione stessa nelle categorie che si distinguono nell'ambito dell'illecito.

La *summa divisio*, quella cioè a cui si riconnettono, secondo la nostra tradizione giuridica, le principali questioni concernenti il re-

---

(86) ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht*, I, Berlino, 1903, p. 268. Critica di quest'opinione in LEONHARD, *Schuldrecht* cit., I, § 5, p. 10.

golamento giuridico dell'attività illecita, è quella fra illecito contrattuale ed illecito extracontrattuale, o, facendosi riferimento alla colpa intesa come elemento soggettivo predominante dell'illecito, fra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale.

E' evidente oggi nella nostra dottrina, ed à avuto anche qualche notevole manifestazione nella giurisprudenza, una tendenza a svalutare il significato della distinzione, ad avvicinare la colpa contrattuale alla extracontrattuale; e forse questa tendenza deriva dal progressivo assimilarsi dell'obbligazione all'obbligo. Altre correnti negano addirittura l'utilità della distinzione tradizionale, considerandola di carattere puramente formale e scolastico, e le sostituiscono altre distinzioni che sono assunte come fondamentali. Altri ancora, pur conservandola, la impostano su un criterio diverso da quello tradizionale (87).

Non è questa la sede adatta per esaminare le infinite controversie che oggi agitano questo problema, che è forse il più grave della responsabilità civile.

Tuttavia non si può omettere un cenno di quella teoria, attualmente così diffusa e discussa in Francia, che distingue gli atti illeciti in violazioni di obbligazioni determinate (o obbligazioni di risultato) e in violazioni dell'obbligazione generale di prudenza e di diligenza (o obbligazioni di mezzo) (88). Non si deve far riferimento alla fonte, ma al contenuto dell'obbligazione, si osserva; ed a questa distinzione si riconducono le differenze che la teoria tradizionale vede fra le due categorie più antiche. Questa teoria, a mio avviso, parte dal presupposto errato che l'atto illecito sia sempre violazione di un'*obbligazione*. E invece vi sono degli atti illeciti che prescindono da ogni obbligazione preesistente, ma presuppongono solo un dovere giuridico o obbligo. La lingua francese parla, imprecisamen-

---

(87) Cfr., per un esame di questi problemi nella recente dottrina, MAIORCA, *Problemi della responsabilità civile*, in *Annali Camerino*, X, 1936, p. 123 ss.

(88) Cfr. in vario senso: H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations, Revue trim. de droit civil*, 1936, 1, ss.; DEMOGUE, *Traité* cit., V, n. 1237, p. 536 ss.; MARTON, *Obligations de résultat et obligations de moyens, Revue trim. de droit civil*, 1935, 517 ss.; THOMAS, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Revue crit. de législ. et jurispr.*, 1937, 636 ss.; ESMEIN, *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations*, in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Parigi, s. d., p. 235 ss.

te, di *obligation* nell'uno e nell'altro caso; mentre l'*obbligazione* è ancora oggi un istituto a caratteri abbastanza precisi, e in ogni modo distinti da quelli del dovere giuridico in genere, e dall'obbligo che è il lato passivo di un diritto assoluto. Obbligazione è sempre e solo quella che la citata teoria chiama obbligazione di risultato (89).

Inoltre anche la dottrina tradizionale, che distingue fra colpa contrattuale ed extracontrattuale, si riferisce, nonostante il significato letterale delle due qualifiche, alla sostanza e non alla fonte del precetto violato. Si ritiene in genere che si abbia colpa contrattuale quando è violata un'obbligazione, qualunque ne sia la fonte; e colpa extracontrattuale quando è violato un vincolo giuridico diverso, che in genere è identificato nel *neminem laedere* (90), ma che più esattamente deve identificarsi in un obbligo corrispondente ad un diritto tutelato di fronte a tutti.

Non è detto dalla dottrina se la violazione di un rapporto giuridico relativo, che non è tuttavia un'obbligazione, abbia carattere contrattuale o no. Per la identità della situazione, mi sembra che anche qui si possa parlare di illecito contrattuale; il quale dovrebbe essere definito appunto come violazione di un dovere relativo, in contrapposto all'illecito extracontrattuale, violazione di un dovere assoluto.

In base a questi argomenti si deve concludere che la frode nel nostro caso è un illecito contrattuale (91).

Senonchè la distinzione non à per la revoca quell'importanza che essa à in altre ipotesi. Quando si è detto che l'alienazione fraudolenta è un illecito contrattuale, ciò non vuol dire che ad essa si possano senz'altro applicare tutte le norme che la legge prevede per certe ipotesi di colpa contrattuale, e precisamente per la violazione delle obbligazioni. Poichè è possibile che tali norme non siano co-

---

(89) Cfr. MARTON, *Obligations de résultat* cit., p. 525.

(90) Questo l'insegnamento del POLACCO, *Obbligazioni* cit., I, n. 103, p. 393 ss., accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante.

(91) A diversa conclusione si deve giungere invece ove si consideri il diritto di garanzia come un diritto reale. Nel senso che la frode pauliana sia un illecito extracontrattuale, cfr. anche SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1939, I, n. 143, p. 186 s. Il MANDRIOLI (*Considerazioni sull'azione revocatoria, Foro Lomb.*, 1933, I, 1 ss., n. 3) ritiene che la frode sia un illecito del debitore, ma non un delitto civile; ma non dice di quale altra specie di illecito si possa parlare.

muni ad ogni specie di tale colpa, ma siano limitate all'obbligazione.

Ciò vale in particolare per quanto riguarda l'onere della prova (92): non perchè l'art. 1312 faccia riferimento espresso all'obbligazione — termine forse non adoperato in senso tecnico —, ma perchè si tratta di una norma processuale che può ritenersi determinata dalla speciale gravità del vincolo di obbligazione.

Altre conseguenze del carattere di colpa contrattuale o extracontrattuale ànno riferimento invece alla misura del risarcimento del danno; e queste dovranno essere tenute presenti anche a proposito della revoca.

31. — Nei numeri precedenti, esaminando insieme i caratteri del rapporto di garanzia e della revoca degli atti fraudolenti, intesi rispettivamente come il momento precettivo e sanzionatorio di un medesimo imperativo giuridico, si è giunti alla conclusione che, trattandosi di un rapporto relativo, l'illecito che può venire in questione è solo quello del destinatario del comando.

La lettera della legge conferma questa opinione. Poichè, se è vero che l'art. 1235 richiede per gli atti a titolo oneroso anche la frode di colui che à contrattato col debitore, invece per gli atti a titolo gratuito la frode del debitore è sufficiente; e l'art. 194 c. p., che deve considerarsi, come si è notato, di grande valore interpretativo, si riferisce ad un'attività fraudolenta del debitore. D'altra parte, negli stessi atti a titolo oneroso è necessaria non la frode, ma la *malafede* del terzo: presupposto essenzialmente diverso. L'art. 709 n. 1 c. co. ammette poi una speciale agevolazione al regime normale della revoca «quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito»; qui la revoca è facilitata, in considerazione della speciale posizione del terzo; ma quello che in lui si richiede è non una frode, cioè un' attività, sibbene una conoscenza, sia pure di carattere speciale. Per le altre disposizioni non sono necessarie osservazioni, perchè in esse il richiamo alla frode non offre argomenti interpretativi su questo punto.

La frode del debitore è dunque sempre necessaria; quella del

(92) Sul diverso regime di questo nella colpa contrattuale ed extracontrattuale, cfr. POLACCO, *Obbligazioni* cit., n. 114 ss., p. 476 ss.

terzo non è mai necessaria, si tratti di negozi a titolo gratuito o di negozi a titolo oneroso, poichè per questi ultimi la legge accenna a qualche cosa di diverso: malafede o conoscenza.

La dottrina dominante, invece, avendo presente l'ipotesi più comune, che la revoca si diriga contro un atto bilaterale, mentre ritiene esattamente che occorre spiegare rispetto ad entrambe le parti come esse siano sacrificate per la tutela del creditore, considera la posizione del terzo come quella che caratterizza l'istituto della revocatoria, forse perchè vi riscontra l'anomalia del sacrificio di un terzo, che pure à validamente contrattato, e afferma che negli atti a titolo oneroso il fondamento della revoca sta nell'illecito del terzo, nel suo delitto; in quelli a titolo gratuito nell'indebito arricchimento (93). « Invero senza il sussidio di tale azione — si osserva — i terzi si arricchirebbero a detrimento dei creditori di colui col quale hanno stipulato atti; e quando avessero fatto fraudolento accordo col debitore, cagionerebbero danno col fatto proprio ai creditori medesimi » (94).

Normalmente non è precisata l'importanza che si attribuisce alla frode del debitore e la relazione fra la stessa e l'attività del terzo; nè è spiegato perchè si ponga a fondamento della revoca esclusivamente o in prima linea l'attività del terzo e non quella del debitore, e dall'attività del terzo si desumano i criteri per caratterizzare l' azione.

Il Cicu à invece dimostrato — e, a quanto mi sembra, in modo definitivo — che non è possibile ravvisare un fondamento autonomo della revocatoria nell'illecito del terzo, trattandosi di atti a titolo oneroso, e nell'indebito arricchimento del terzo, trattandosi di atti a titolo gratuito (95).

---

(93) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 22, p. 67 s.; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 261, p. 349 ss.; ID., *Note* cit., p. 45 s.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, n. 108, p. 454 s.; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 22, p. 49; e moltissimi altri. Gli autori che criticano questa teoria, dicendo che la revocatoria à invece il carattere di un'azione semplicemente rescissoria (PUGLIA, *Azione pauliana* cit., § 27 ss., p. 35 ss.; DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 161 s.), confondono il fondamento con l'effetto della revoca.

(94) PACIFICI-MAZZONI, op. l. cit..

(95) Nello stesso senso il DI BLASI, *In tema di azione pauliana*, *Giur. it.* 1930, IV, col. 104 s.. La critica dell'AULETTA (*Revocatoria* cit., p. 30 ss.), diretta a dimostrare che il fondamento dell' istituto non è un illecito, vale in

In ogni caso la revoca è fondata sul solo illecito del debitore: l'eventuale rispetto del diritto acquistato dal terzo dipende da considerazioni estranee al fondamento dell'istituto (96).

Da un punto di vista generale, osserva il Cicu, non si può accogliere una teoria la quale ad una medesima azione, che presuppone sempre un'alienazione compiuta dal debitore in frode al creditore, attribuisce due diversi fondamenti (97). Ma questo è argomento di dubbia portata, perchè non è un'esigenza costruttiva che ad un'istituto si debba riconoscere di necessità un unico fondamento: proprio la revocatoria nel diritto tedesco à diverso fondamento nelle varie ipotesi.

Più esatta è invece l'altra osservazione generale, che la dottrina dominante non tiene sufficiente conto del fatto che la frode del debitore è presupposto immancabile della revoca, qualunque sia la natura degli atti impugnati (98). Si può anche ricordare che solo in casi eccezionali nel diritto italiano vigente sussiste un dovere generale di non acquistare determinate cose in ragione della loro provenienza, certamente o presumibilmente illecita: mi riferisco rispettivamente alle ipotesi della ricettazione, in una delle sue fattispecie (art. 648 c. p.), e dell'acquisto di cose di sospetta provenienza (articolo 712 c. p.). La conoscenza della provenienza delittuosa o il sospetto sulla provenienza della cosa fanno sorgere il dovere, penalmente sanzionato, di non acquistare: in questi casi eccezionali non viene in questione un illecito di chi aliena, ma solo un illecito di chi acquista; l'elemento soggettivo del reato è dato esclusivamente dal dolo dell'acquirente nel caso di ricettazione, o dalla colpa di lui nel caso di acquisto di cose di sospetta provenienza (cfr. in ispecie l'articolo 648 cpv. c. p.).

Considerando in ispecie gli atti a titolo oneroso, osserva il Cicu che se la frode del terzo fosse veramente un illecito, essa, in quanto tale, dovrebbe produrre conseguenze giuridiche a prescindere dalla

---

realtà solo per l'opinione che parla di illecito (e di indebito arricchimento) da parte del terzo, non contro l'opinione del Cicu, che qui si difende: questa non è riferita esattamente (p. 38 s.) nè è confutata.

(96) In questo senso Mandrioli, *Considerazioni* cit., *Foro Lomb.*, 1933, I, col. 2, n. 3.

(97) *Appunti* cit., p. 124.

(98) *Obbligazione* cit., p. 49.

prova della frode del debitore. Se si richiede anche la frode di questi, ciò significa che la frode del terzo non integra gli estremi di un illecito.

Nè si può ritenere che l'elemento materiale dell'illecito in cui consiste l'alienazione fraudolenta sia dato da un concorso della frode del debitore e della frode del terzo: le disposizioni in tema di revoca non richiedono un accordo fraudolento fra debitore e terzo a danno del creditore, e la necessità di tale accordo è esclusa dalla migliore dottrina (99). Ed allora non si intende perchè l'illecito del terzo — se sussiste — non possa essere rilevante indipendentemente da quello del debitore (100).

Si può aggiungere che nei testi più recenti (art. 193 e 194 c. p.), come si è ricordato, si parla non di frode, ma di malafede del terzo; e se alla malafede si riduce il comportamento del terzo acquirente è certo che non si à ancora un illecito.

Inoltre, se il fatto del terzo fosse un illecito — naturalmente di carattere extracontrattuale, perchè non preesiste nessun vincolo obbligatorio fra creditori e terzo — egli sarebbe tenuto al risarcimento del danno ex art. 1151, e l'art. 1235 non si giustificherebbe (101).

Nè si spiegherebbe perchè questo consenta che l'atto concluso dal terzo col debitore sia reso inefficace ed il bene che è stato alienato possa essere soggetto ad esecuzione da parte del creditore che à ottenuto la revoca.

Non basta. L'art. 1235, accennando all'effetto della revoca riguardo al terzo subacquirente, richiede che egli sia partecipe della frode, e si trovi, quindi nella stessa situazione del primo acquirente. Allora una delle due: o ogni acquisto successivo dal primo acquirente in malafede costituisce illecito, e non si capirebbe perchè; o non esiste nè un illecito del primo acquirente nè degli acquirenti successivi, anche se siano in mala fede.

Ancora: si è visto che se al terzo si potesse imputare un illecito, egli dovrebbe rispondere con tutto il suo patrimonio; ciò si

---

(99) Cfr., su questo punto, NAST, *Nota, Dalloz périodique*, 1933, II, 98. La necessità del concorso fraudolento si deve escludere anche nell'ipotesi dell'art. 512 c. p. c.: cfr. n. 77.

(100) CICU, *Obbligazione* cit., p. 43; *Appunti* cit., p. 123.

(101) CICU, *Appunti* cit., p. 124; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 30, p. 98 s.. A questa conseguenza è giunto G. SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 7.

dovrebbe dire in ispecie nel caso che egli alieni la cosa ad un subacquirente. Ora, se questo subacquirente è in malafede, non si intenderebbe perchè mai il creditore sia costretto in base all'art. 1235 u. c., a correr dietro al nuovo proprietario del bene, anzichè limitarsi ad aggredire il patrimonio del primo acquirente; e se il subacquirente è in buona fede, il creditore avrebbe il vantaggio, di cui non si saprebbe trovare la ragione, di vedersi accresciuta la garanzia, già limitata all'oggetto della alienazione revocata, per ipotesi insufficiente, ed ora comprendente tutto il patrimonio del primo acquirente.

Tutto ciò dimostra che il comportamento del terzo acquirente deve essere considerato sotto un aspetto completamente diverso da quello sotto cui si considera il comportamento del debitore; ed in ispecie che non è possibile parlare in nessuna maniera di un illecito del terzo.

Nè è attendibile l'opinione che, trattandosi di atti a titolo gratuito, la responsabilità del terzo sia fondata sul principio dell'indebito arricchimento. In primo luogo, si è notato che l'opinione dominante, per coerenza di costruzione, dovrebbe ritenere che, ove fosse accertato che il terzo acquirente a titolo gratuito è in frode, la responsabilità del terzo si dovrebbe fondare anche qui su un delitto (102). E, se veramente il fondamento di questa responsabilità fosse nell'indebito arricchimento, esso dovrebbe determinare i suoi effetti a prescindere dalla frode del debitore, che invece è sempre richiesta (103).

Ma perchè l'arricchimento dell'acquirente sarebbe indebito? Il terzo, si dice, si arricchisce con danno del creditore e in grazia della frode del debitore (104). Nè l'una nè l'altra spiegazione è sufficiente. Poichè bisognerebbe dimostrare che il danno è recato al creditore dal terzo, e non ad opera esclusiva del debitore oppure ad opera congiuntiva del debitore e del terzo. Anche qui soccorre, in senso contrario, il testo della legge, che, mentre richiede come necessaria e sufficiente la frode del debitore, non accenna ad alcun presupposto analogo da parte del terzo. E, pur se si volesse ammettere che la sua attività concorre con quella del debitore nell'illecito, resta che,

(102) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 44.

(103) G. Satta, *Atti fraudolenti* cit., n. 90.

(104) Cfr., ad esempio, Venzi, *Note* a Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni* cit., IV, p. 517.

per potersi parlare di un arricchimento indebito, la prova di tale qualifica sarebbe sempre necessaria: occorrerebbe dimostrare cioè che si tratta di un acquisto fatto *iniuria*; altrimenti la soluzione vale quanto quella che accenna ad una presunzione assoluta di frode. Inoltre, si è detto, l'arricchimento dovrebbe essere ingiustificato prima di tutto nei confronti dell'alienante, mentre è ovvio che il debitore non può ripetere ciò che à donato (105).

Ancora fu osservato, sempre dal Cicu, che l'arricchimento non può dirsi ingiustificato per il solo fatto che l'alienazione è fraudolenta, nello stesso modo che non è ingiustificato l'arricchimento di chi acquisti un oggetto che l'alienante aveva già promesso in vendita ad altri (106).

Con ciò resta escluso che l'acquisto del terzo acquirente nelle alienazioni a titolo gratuito possa esser considerato come un indebito arricchimento.

Il risultato della critica all'opinione dominante è dunque una conferma della teoria qui sviluppata, che il fondamento della revoca sta esclusivamente nell'illecito del debitore.

32. — Ricordo ora alcune opinioni sul fondamento della revoca avanzate da autori che si resero conto dell'insostenibilità dell'insegnamento dominante. Prescindo dall'esposizione e dalla critica di teorie fondate su testi legislativi diversi dai nostri, che, come è noto, ànno innovato notevolmente rispetto alle precedenti legislazioni (107).

Considerando che, se una è l'azione, uno deve essere il fonda-

---

(105) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 44. Nello stesso senso: Simoncelli, *Note critiche sull'azione revocatoria, Riv. it. sc. giur.*, V, 1888, 378, e *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 363; Grouber, *Action paulienne* cit., n. 149 ss., p. 283 ss., n. 156, n. 293 ss., che però vorrebbe vedere un illecito del terzo nel fatto di voler conservare un arricchimento di cui conosce, magari al momento della proposizione della domanda di revoca, l'origine impura! Per l'impossibilità di fondare la revoca sull'indebito arricchimento nel diritto tedesco, cfr. Jaeger, *Gläubigeranfechtung* cit., § 7, nota 9.

(106) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 45; *Appunti* cit., p. 124 s.

(107) Ad esempio, non è neanche il caso di discutere l'opinione dello Schönemann, *Die Paulianische Klage wegen Veräusserungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachteile der Gläubiger*, Gera, 1873, § 10, p. 39 s., che ritiene la revoca fondata sul dolo di entrambi i contraenti anche negli atti a titolo gratuito.

mento, è stato detto che esso è il delitto del debitore e del terzo negli atti a titolo oneroso, e il delitto del solo debitore in quelli a titolo gratuito. Da ciò deriverebbe che i creditori lesi potrebbero prescindere dall'atto fraudolento e, anzichè impugnarlo, rivolgersi contro i suoi autori e tenerli responsabili del danno in proprio e in solido; anzi la revoca sarebbe addirittura un istituto atrofizzato ed assorbito in pieno dal disposto dell'art. 1151 (108)! A parte la stranezza della conseguenza a cui giunge, questa teoria non spiega perchè sia possibile impugnare un negozio a danno di un terzo in buona fede che à validamente contrattato; ma almeno à il merito di evitare l'infelice espediente di supporre un arricchimento indebito per giustificare il sacrificio del terzo acquirente a titolo gratuito.

Vi è chi pone a carico del terzo acquirente a titolo gratuito una presunzione *iuris et de iure* di frode (109). Si è obbiettato che tale opinione è contraria alla tradizione, e ingiustificabile di fronte ai principi di equità che si ribellano all'esistenza di una presunzione assoluta di colpa (110). Ma forse questa critica è eccessiva, perchè invece storicamente è certo che il terzo acquirente a titolo gratuito è presunto in frode; anzi, un accenno a tale presunzione si trova anche nei lavori preparatori del nostro codice (111). Ciò non significa tuttavia che questa sia oggi la ragione dogmatica che sta a fondamento del sacrificio del terzo. Lo stesso si deve dire, mi sembra, di quell'opinione affine che parla di presunzione assoluta di negligenza.

E' utile ricordare anche una recente costruzione, la quale, partendo da una nozione tutta speciale della causa (il cui contenuto andrebbe cercato in ogni singolo contratto posto in essere, e non astrattamente in ogni tipo di contratto), ritiene che il negozio fraudolento è nullo per illiceità della causa, in quanto contrastante non all'ordine pubblico o al buon costume, ma al diritto del creditore;

---

(108) G. Satta, *Atti fraudolenti* cit., n. 89 s..

(109) Mirabelli, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano,* Torino, 1889, II, p. 260 s.. Secondo il Bonelli (*Fallimento* cit., I, n. 405 nota 7, p. 846) si avrebbe una presunzione assoluta di negligenza.

(110) Giorgi, *Note* a Maierini, *Revoca* cit., p. 300 ss.; Venzi, *Note* a Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni* cit., IV, p. 517.

(111) *Relazione Ministeriale,* n. 149, in Gianzana, *Codice civile* cit., I, p. 91 s..

ciò indurrebbe una nullità relativa, stabilita solo nell'interesse dei creditori e perciò non invocabile nè dal debitore nè dal terzo suo contraente. Situazione parallela a quella della vendita della cosa altrui, ratificabile dal vero proprietario: qui ci sarebbe ratifica attraverso il pagamento dei creditori frodati (112).

Questa teoria parte da una nozione di causa che nemmeno i fautori della c. d. causa soggettiva si sentirebbero di approvare, ed arriva ad una strana conseguenza, quale è il parallelo con la situazione derivante dalla vendita di cosa altrui; ma tuttavia dà occasione di riflettere sopra un punto interessante.

Si parli di causa illecita, o, come mi sembrerebbe più giusto, di motivo illecito del negozio d'alienazione (113), è certo che non si definisce l'essenza della frode al creditore. L'illiceità della causa o di un motivo — a parte il fatto che trattandosi di motivo, essa è normalmente irrilevante (114) — viene in considerazione soltanto fra i soggetti del negozio. Il terzo non può fondarsi sull'illiceità della causa o del motivo per impugnare comunque un atto giuridico: o egli à un diritto che quell'atto non si faccia o che non si faccia a quelle condizioni, ed allora la conclusione del negozio è un illecito

---

(112) Così il GAUDENZI, *L'estremo della preesistenza del credito nella pauliana fallimentare e in quella ordinaria*, *Temi emil.*, 1932, I, 1, n. 11, n. 13, p. 170. E' da ricordare che pure il CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 517, p. 413, ritiene che il negozio in frode ai creditori abbia causa illecita; questa determinerebbe una minore efficacia del negozio stesso. L'illiceità deriverebbe dal valore sociale negativo del motivo: l'assunzione di un carattere del motivo a qualità della causa è resa possibile dalla poco comune nozione di causa accolta dall'autore (*Sistema*, II, n. 511, p. 394 ss.). Ma fra le parti l'intenzione di danneggiare i terzi non può avere rilevanza. Inoltre con questa teoria non si potrebbe ammettere l'illiceità della causa quando nel *consilium fraudis* manchi il dolo. L'opinione qui criticata è del resto assai diffusa: ad esempio, di recente la Cassazione francese (Chambre des requêtes 28.12.1938, Vidal c. Bessieux, *Dalloz hebd.* 1939, 132) à ritenuto radicalmente nulla per motivo illecito la donazione del marito alla moglie (valida, art. 1096 c. c. franc.) dei beni che il figlio avrebbe dovuto raccogliere alla morte del padre, allo scopo di impedire che siano appresi dai creditori del figlio.

(113) Così il PAPESCHI, *Teorica generale* cit., n. 5, p. 232 nota 2, considerando che la revocatoria investe l'atto non per se stesso, ma per il cattivo uso che il debitore aveva in animo di fare della controprestazione ottenuta (?).

(114) Di diverso avviso RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 112 s..

nei suoi confronti; o non à tale diritto, ed allora non può opporsi in nessun modo al negozio per il principio sancito dall'art. 1130. In altri termini quello che è causa o motivo illecito per un contraente, rispetto a un terzo o si configura come elemento volitivo di un illecito o è irrilevante. Questa teoria non tiene presente che la revoca è sanzione contro un atto del debitore, il quale, concludendo il negozio, à violato uno specifico suo obbligo in confronto del terzo creditore. Il negozio è lecito rispetto all'acquirente, ma rientra, come elemento materiale, nell'illecito in confronto del creditore.

33. — Quello stesso fondamento oggettivo che la teoria processualistica della responsabilità assegna alla revocatoria in genere, un'altra teoria, che à avuto un certo seguito, considera proprio della revocatoria fallimentare, e, secondo una certa formulazione, anche della revocatoria penale. A ciò andrebbero congiunte differenze di regime, per cui si potrebbe parlare di due specie diverse di revoca, una basata sulla frode ed un'altra basata sull'indisponibilità.

Cominciamo dalla revocatoria fallimentare. Si è già osservato come, nel mare di questioni sollevato dalle norme sulla revoca nel fallimento, la più grave è se si abbia un istituto diverso dalla revoca comune prevista nell'art. 1235. L'art. 707, 2° comma, a mio avviso, non prevede una revocatoria (cfr. n. 13). L'art. 708, relativo alla revoca degli atti che abbiano avuto luogo prima della cessazione dei pagamenti o anche dopo, in quanto non rientrino nella fattispecie dell'art. 707 o dell'art. 709 (115), richiama esso stesso l'art. 1235, ed è perciò pacificamente ed esattamente considerato come un'applicazione della revocatoria comune in sede fallimentare anche da quella dottrina che assegna diversa natura alla revocatoria prevista nell'art. 709 e — si dice — nell'art. 707, 2° comma (116).

Quanto a queste due disposizioni, è stato detto che la revoca in esse prevista non si fonda sul fatto che siano state volute o prevedute conseguenze illegittime d'un atto che sarebbe di per se stesso lecito da un punto di vista astratto, ma sul carattere illegittimo del-

---

(115) Papeschi, *Teorica generale* cit., n. 2, p. 226; cfr., *supra*, n. 5 testo e nota 15.

(116) Papeschi, *Teorica generale* cit., n. 1, p. 223; A. Brunetti, *Diritto fallimentare* cit., n. 191, p. 405.

l'atto in quanto è stato posto in essere da persona che non aveva più il diritto di disporre delle proprie attività; si fa così riferimento alla violazione di un'*indisponibilità patrimoniale* (117). Solo elemento soggettivo, ma d'importanza secondaria, che si atteggia come semplice condizione di procedibilità, sarebbe la conoscenza, da parte del terzo, della cessazione dei pagamenti del fallito nel momento in cui si perfeziona l'atto impugnato (118).

Per giungere a questa conclusione si vorrebbe dimostrare che lo stato di cessazione dei pagamenti costituisce un fallimento di fatto, o virtuale o latente, che determina di per sè, anche senza la sentenza dichiarativa, l'indisponibilità del patrimonio da parte del fallito (119).

Non è utile ripetere qui il tentativo di dimostrazione e la confutazione dell'opinione citata; basta dire che la tesi è certamente contraria alla nostra legge: oggi lo stato di cessazione dei pagamenti non fa venir meno il potere del commerciante di disporre dei suoi beni (120).

Si è anche giustamente notato che l'indisponibilità può costituire la base di una mancata tutela giuridica solo in quanto sia riferita ad atti posti in essere dopo che è stato tolto il potere di disporre al soggetto: altrimenti si deve ricorrere alla retroattività o ad altri fondamenti (121).

Inoltre, come è possibile riconoscere all'art. 709 un fondamento diverso da quello dell'art. 708? Si ammette che questo fa richiamo puramente alla revocatoria comune, che si riconosce fondata sulla frode. D'altra parte, poichè l'art. 709 introduce una presunzione legale relativa, e questa è istituto che rimane in un ambito strettamente probatorio e perciò processuale (122), si deve riconoscere che

---

(117) PAPESCHI, scritto cit., n. 11, p. 240; n. 13, p. 243 ss.. Questa teoria è stata ripresa dal BRUNETTI, *Diritto fallimentare* cit., n. 191, p. 407 ss.

(118) PAPESCHI, scritto cit., n. 16, p. 248; n. 44, p. 308.

(119) PAPESCHI, scritto cit., n. 8 ss., p. 234 ss.; spec. n. 10, p. 239.

(120) Cfr. in proposito quanto osserva il BONELLI (*Fallimento* cit., I, n. 339 ss., p. 724 ss.) sull'origine e l'evoluzione storica del periodo sospetto, e sul valore della sentenza di retrodatazione. Sulla natura giuridica di quest'ultima, cfr. anche ANDRIOLI, ibid., n. 340 nota 3, p. 729.

(121) ANDRIOLI, *Note* cit. su BONELLI, I, n. 420 nota 14, p. 904; ID., *Azione revocatoria* cit., n. 9, p. 42.

(122) CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 324, p. 813. Del tutto infondate

non ci sono radicali differenze fra le due ipotesi previste negli articoli 708 e 709.

Nè un criterio di distinzione potrebbe cercarsi in ciò che la fattispecie dell'art. 709 a differenza di quella dell'art. 708 presuppone la cessazione dei pagamenti, perchè, secondo la lettera stessa della legge, la revocatoria comune si può esercitare anche per atti successivi alla cessazione dei pagamenti, in quanto non siano previsti dall'articolo 709.

Lo stesso discorso che si è fatto per la revocatoria fallimentare si deve ripetere anche per la revocatoria prevista nelle leggi speciali citate nel primo capitolo, e per la revocatoria penale: anche in questi casi, poichè vi è una presunzione legale relativa, la differenza non sta nella natura del fatto costitutivo dell'azione, ma soltanto nella prova del fatto stesso, e perciò è sul terreno processuale (123).

Da ciò sembra si possa indurre con una certa tranquillità il principio che nella nostra legge il fondamento delle varie specie di revoca è sempre lo stesso. Ciò non contrasta col fatto che, in presenza di determinate circostanze, quali la sussistenza della cessazione dei pagamenti del debitore o della società per i debiti della quale il socio risponda illimitatamente (art. 847 c. co.), o di una condanna penale, la prova della frode sia facilitata con il meccanismo d'una presunzione legale relativa a favore di tutti i creditori (revocatoria fallimentare) o di determinate categorie di essi (revocatoria penale: i creditori indicati nell'art. 189 c. p.; revocatorie speciali: creditori dell'impresa di cui è dichiarato lo stato di cessazione dei pagamenti).

E risponde al principio dell'economia dei giudizi la massima che, sia nel caso di revocatoria comune in sede fallimentare che nel caso di revocatoria fallimentare propriamente detta, non occorre la prova dell'insolvenza quando tale prova è già acquisita in giudizio per ef-

---

sembrano le osservazioni di A. Brunetti (*Diritto fallimentare* cit., n. 191, p. 406; e più ampiamente nella voce *Fallimento*, in *Nuovo Digesto italiano*, V, Torino, 1938, n. 41) su una pretesa finzione di frode creata dall'accertamento ufficioso dello stato di cessazione: la presunzione relativa è fenomeno esclusivamente processuale.

(123) Invece secondo il Brunetti, *Diritto fallimentare* cit., n. 191, p. 409 s. nota 1, anche la revocatoria penale sarebbe fondata immediatamente sulla legge, come la fallimentare.

fetto di accertamento legale in seguito alla dichiarazione di fallimento (124).

In conclusione: dal punto di vista del fondamento nessuna differenza si può riconoscere fra la revocatoria ordinaria e quella fallimentare (125). Si vedrà in sede opportuna come le differenze siano di ordine processuale, e derivino da ciò che la revocatoria fallimentare si inserisce in un processo esecutivo che è in corso, e si adegua ai caratteri peculiari di questo.

(124) Cfr. più ampiamente, *infra* n. 85.

(125) Al medesimo risultato giunge per altre vie l'AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 113 ss..

## Capitolo III.

# SOGGETTI DELLA REVOCA



34. — La revoca è la sanzione del rapporto di garanzia generica, accessorio ad ogni rapporto di obbligazione. Per determinare quali siano i soggetti della revoca, dal punto di vista del diritto materiale, per sapere cioè quali siano le persone la cui situazione giuridica è immediatamente modificata, in senso favorevole o sfavorevole, dalla pronuncia del giudice che accoglie la revocatoria, occorre stabilire in primo luogo quali sono i soggetti del rapporto di garanzia tutelato, ed in secondo luogo — poichè la revoca si dirige contro un atto posto in essere dal debitore con effetti riguardo ad un terzo acquirente, ed eventualmente contro atti successivi intervenuti fra questo terzo ed altri subacquirenti — quali criteri servono a identificare il primo acquirente o i subacquirenti.

È appena il caso di ricordare che è normale, ma non è necessario che i soggetti della revoca siano anche i soggetti del giudizio di revoca; le regole della legittimazione materiale sono assai diverse da quelle della legittimazione processuale.

In primo luogo la revoca riguarda i soggetti del rapporto accessorio di garanzia. Poichè si deve ritenere che i titolari di questo rapporto sono di necessità anche i titolari di un rapporto principale

di obbligazione, si dice esattamente che la revoca è data al creditore contro il debitore.

Il creditore è il soggetto attivo: la revoca è una sanzione che opera a tutela del suo diritto. Ciò è detto espressamente nell'art. 1235, che considera la revoca fra gli effetti dell'obbligazione.

Il creditore è il solo soggetto attivo della revoca: la titolarità di altri diritti patrimoniali non legittima materialmente a chiedere questa tutela.

D'altra parte tutti i creditori possono ottenere la revoca, in quanto, s'intende, di essa sussistano i presupposti. La titolarità di una garanzia reale accanto alla garanzia generica può essere rilevante ad escludere la sussistenza dell'*eventus damni,* in quanto dal debitore sia dimostrato che la garanzia specifica è sufficiente a tutelare il creditore; ma non è certo sufficiente a negare ad esso, da un punto di vista astratto, la possibilità di ricorrere al rimedio della revoca. La proposizione è oggi così evidente, che, sebbene essa in passato, e specialmente per il diritto romano, abbia dato luogo a qualche discussione, non merita più lungo commento (1).

Anche la revocatoria fallimentare è tutela che opera a vantaggio dei creditori ed esclusivamente di essi. Il fatto che essa inerisca ad un'esecuzione concorsuale, e sia promossa dal curatore, determina una modifica del regime processuale dell'istituto, non dei caratteri sostanziali di esso. Fin che non si dimostri che la massa dei creditori o l'amministrazione fallimentare costituiscono una persona giuridica a sè, il modo di realizzazione della tutela non può influire sulla direzione e sul contenuto della tutela medesima (2).

---

(1) Nello stesso senso del testo, cfr. MAIERINI, *Revoca* cit., n. 80, p. 322 ss.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 83, p. 135 ss.; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 110, p. 503 ss.; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 20, p. 80 s., che nota come il disposto dell'art. 2080 c. c. non influisca sulla soluzione del problema. Nel diritto romano invece la dottrina più autorevole nega ai creditori pignoratizi la possibilità di agire in revoca: cfr. SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 168 s..

(2) S. SATTA (*Regola giuridica del fallimento, Riv. dir. comm.* 1939, II, n. 5, p. 331 s.) nega che il curatore del fallimento, in quanto esercita le azioni revocatorie, sia un rappresentante dei creditori; egli invece eserciterebbe un potere che gli spetta quale amministratore del fallito. A mio sommesso avviso questa opinione non può essere accolta. Se il fallimento à il fine di soddisfare in via esecutiva i creditori, ed il curatore può avocare a sè un potere ad essi

Ciò è a dire in genere anche per le altre revocatorie speciali: quella penale e quella in tema di liquidazioni coatte amministrative. La sussistenza di determinate situazioni fa sì che certi creditori (revocatoria penale, e revocatoria nelle liquidazioni coatte amministrative) o che tutti i creditori (revocatoria fallimentare) possano ottenere la tutela del loro diritto con speciali facilitazioni processuali. Ma, si ripete, per ciò non è modificato, in queste specie, il regime di diritto materiale dell'istituto: soggetti della revoca rimangono sempre i singoli creditori, perchè essi sono i soggetti del diritto di garanzia.

L'aver determinato che la revocatoria è azione diretta a tutelare il diritto di garanzia conduce ad una esatta delimitazione della qualità di creditore. Il titolare di un diritto reale o comunque di un diritto assoluto, in tanto può esercitare la revocatoria in quanto per effetto di una violazione di esso, si sia costituito un rapporto di obbligazione di risarcimento fra il titolare stesso ed un'altra persona: come nel caso dell'art. 439 cpv. c. c. (3). Ma è chiaro che in casi del genere la spettanza di un diritto reale è rilevante solo in quanto è la causa giustificativa del sorgere del diritto di credito e, perciò, del diritto di garanzia.

La revoca non tutela che il diritto di garanzia generica: le garanzie reali, appunto perchè ànno questa qualità, sono dotate di una tutela più intensa (4).

---

normalmente spettante, ciò significa che l'amministrazione fallimentare importa, a questo riguardo, una rappresentanza necessaria o una sostituzione o una surrogazione dei creditori da parte del curatore. Ancora su questa opinione del Satta al cap. V, nota 5.

(3) Butera, *Azione pauliana* cit., n. 102, p. 457. Che poi i legittimari non possano impugnare con la revocatoria gli atti del *de cuius*, è ovvio: essi non avevano nessun diritto di credito in suo confronto, e nemmeno un'aspettativa tutelata. Ma ànno l'azione detta di rivendicazione (art. 1096 c. c.).

(4) Perciò l'opinione la quale ammette che il creditore ipotecario possa esercitare la revocatoria contro l'alienazione dell'immobile ipotecato (Satta, *Atti fraudolenti* cit., n. 110; c. 16.6.1930, Martiniello c. Javarone, *Foro it.* 1931, I, 36) deve ritenersi contraria alla funzione stessa della garanzia reale: cfr. Ascoli, *Se il creditore ipotecario possa impugnare con l'azione pauliana l'alienazione del fondo ipotecato fatta dal debitore*, *Foro it.* 1931, I, 36; Andrioli, *Azione revocatoria* cit., n. 20, p. 80 s.. Allo stesso modo si deve ritenere erronea l'opinione, recentemente manifestata (A. Genova 10.8.1934, *Foro it.*, 1935, I, 819 ed ivi *Nota* contraria di G. Stolfi), che il creditore ipotecario possa

35. — La proposizione che la revoca è data ai soli creditori sembra tuttavia contraddetta da alcune disposizioni di legge. Tale, come si vedrà, non è il caso dell'art. 687 c. p. c., nel quale è prevista una revoca a favore dei creditori, e, a favore dell'aggiudicatario, un'altra azione da illecito extracontrattuale, che perciò non dà luogo ad una revoca (cfr. n. 63).

Una vera e propria eccezione alla regola ricordata sembra disposta dall'art. 680 c. c., che riconosce anche ai cessionari di un partecipante alla comunione, oltre che ai suoi creditori, il diritto di impugnare una divisione consumata in frode. L'accenno ai cessionari costituisce un'innovazione rispetto al corrispondente art. 822 c. c. franc., e deriva da un'opinione manifestata dalla dottrina formatasi sul codice Napoleone, che estendeva il rimedio a tutti gli aventi causa dal condividente: anzi tale estensione un'autorevole dottrina riconosce anche nel nostro diritto al disposto dell'art. 680, in base ad un'affermata identità di *ratio* (5).

In realtà invece, in tanto il cessionario può impugnare la divisione con la revocatoria, in quanto egli abbia la qualità di creditore. Se in sede di divisione la quota del cedente è stata formata con beni di valore inferiore a quello che vi avrebbe dovuto essere compreso, o con beni difficilmente apprensibili in sede di esecuzione forzata (ad esempio mobili, denaro) che il cedente si rifiuti di consegnare, sussiste innanzitutto una violazione diretta del diritto di credito del cessionario: perciò egli può chiedere il risarcimento dei danni al cedente. Ma, se questi è insolvente, con la divisione è stato leso insieme anche il diritto di garanzia del cessionario, sia che la quota risulti di minor valore della quota indivisa, sia che risulti composta di beni non apprensibili in sede di esecuzione. In questo caso è data al cessionario la revocatoria. Se si dimostra che, di fronte alla lesione del suo diritto di credito, egli può rivolgersi

---

chiedere la revoca di una servitù imposta sul fondo ipotecato. È chiaro che invece un danno non può derivare al creditore ipotecario, perchè questi può disconoscere tutti gli atti di disposizione sul bene ipotecato trascritti dopo l'iscrizione dell'ipoteca: cfr. L. Coviello, *Ipoteche* cit., p. 254 ss..

(5) F. S. Bianchi, *Corso* cit., IX, parte III, n. 95, p. 1093 ss.. *Contra*, Salis, *La comunione*, in Vassalli, *Trattato* cit., IV, 2, Torino, 1939, n. 101, p. 209 nota.

sul rimanente patrimonio del cedente per ottenere il risarcimento ex art. 1218 c. c., manca l'*eventus damni*. Questa soluzione mi sembra conforme ai principi; e significa che l'eccezione disposta dall'art. 680, rispetto alla norma che la revoca spetta solo al creditore a tutela del suo diritto di garanzia, è di pura apparenza. Del resto il cessionario, in quanto titolare di un diritto reale, non trarrebbe alcun utile dall'esercizio di una revocatoria; nè si potrebbe trovare alcun fondamento alla stessa.

L'estensione della revoca di cui all'art. 680 ad ogni avente causa anche di cose determinate, in tanto è ammissibile in quanto a questo avente causa sia riconoscibile, come al cessionario, la qualità di creditore.

Nè costituisce eccezione alla norma che la revoca spetta solo ai creditori il disposto dell'art. 2112, perchè questo, come si è notato, prevede un rimedio, di carattere meramente processuale, assai diverso dalla revoca: prevede cioè un semplice intervento *ad adiuvandum* in un giudizio vertente fra un terzo ed il soggetto a cui favore si è compiuta la prescrizione, nel quale giudizio questi abbia omesso di proporre la relativa eccezione. Perciò, in conformità al disposto dell'art. 201 c. p. c., l'art. 2112 c. c. concede il rimedio *de quo* ad ogni interessato (cfr. n. 12).

Se invece la rinuncia alla prescrizione abbia carattere negoziale, soltanto i creditori, e non altri interessati, come è generalmente riconosciuto, possono valersi della revoca.

36. — Notevoli discussioni à sollevato in dottrina la determinazione dei soggetti che possono valersi dell'opposizione revocatoria a norma dell'art. 512 c. p. c.

L'aver identificato l'impugnazione in contesto come l'estensione della revocatoria alle sentenze porta a ritenere limitata ai creditori la possibilità di valersi del rimedio in questione. Ciò è conforme anche alla lettera della legge, che, a differenza di quanto è stabilito nell'art. 510 in tema di opposizione di terzo ordinaria, nell'art. 512 si riferisce esclusivamente ai creditori (6).

Prevale invece oggi nella dottrina un'opinione che ammette ad

(6) In questo senso la dottrina meno recente: cfr., per tutti, MORTARA, *Commentario* cit., IV, n. 348, p. 534 ss.

agire in opposizione revocatoria non i soli creditori, ma anche altri soggetti, che in genere sono definiti come titolari di rapporti derivati o dipendenti da quello deciso (7): manca però ogni accordo sulla determinazione precisa delle categorie di questi terzi.

Senza entrare in una discussione che, per dare utili risultati, presuppone risolto il problema dei limiti soggettivi della cosa giudicata, mi limito ad escludere la possibilità di estendere per analogia — poichè questo è il solo modo di applicare l'art. 512 ad ipotesi in esso non previste (8) — una norma di carattere eccezionale, quale credo si debba ritenere l'art. 512 c. p. c. (allo stesso modo che l'articolo 1235 c. c.). I terzi titolari di rapporti dipendenti, se non sono anche dei creditori, sono tutelati esclusivamente con l'intervento adesivo.

37. — Il primo soggetto passivo necessario della revoca, che si deve considerare, è il soggetto passivo del rapporto di garanzia, e cioè il debitore.

La sanzione opera innanzitutto contro di lui, in quanto egli è autore dell'illecito a danno del creditore agente. Per effetto della revoca si modifica in suo confronto — si vedrà poi in che misura — l'effetto che la legge normalmente fa derivare dall'atto di disposizione.

Si deve ripetere per il debitore quanto si è già osservato per il

---

(7) Chiovenda, *Principi* cit., § 86, p. 1014 s.; Betti, *Diritto processuale* cit., n. 219, p. 724; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi,* Milano, 1935, n. 192 s., p. 317 ss.. *Contra,* perspicuamente, il Carnelutti (*Sistema* cit., II, n. 597, p. 618 s.), che limita ai creditori della parte soccombente il potere di proporre l'opposizione ex art. 512 c. p. c. Non sembra però che questo rimedio sia concesso anche, come vorrebbe il Carnelutti, al creditore che abbia partecipato al processo in qualità di interventore adesivo, appunto perchè anche l'opposizione del creditore è un'opposizione di terzo (cfr. n. 10).

(8) Cfr. Betti, op. l. cit.. Non mi sembra convincente la spiegazione data dall'Allorio (op. cit., n. 192, p. 317) sulla ragione per cui l'art. 512 nomina i soli creditori e non tutti i titolari di rapporti dipendenti: la legge avrebbe voluto concedere, per ragioni di opportunità, il rimedio in questione anche ai creditori che non siano titolari di rapporti dipendenti, quali i creditori titolari di una semplice garanzia generica. Questa spiegazione mi pare contraria alla funzione dell'istituto, che tende a garantire proprio questi creditori contro il giudicato ottenuto dal debitore con frode, allo stesso modo che la revocatoria contro il negozio fraudolento.

creditore: la revoca è diretta innanzitutto e necessariamente contro un debitore.

In particolare ciò è da tener presente nella revocatoria fallimentare: essa attua i suoi effetti *in primo luogo* contro il fallito, il quale ne vede modificata la propria situazione giuridica in misura maggiore di quella che deriverebbe direttamente dalla dichiarazione di fallimento.

Questa affermazione che, a quanto mi sembra, è di tutta evidenza, à un peso notevole per alcune osservazioni che si dovranno fare in seguito, quando si tratterà della legittimazione passiva al giudizio nella revoca fallimentare (cfr. n. 81).

38. — Il secondo soggetto passivo necessario in ogni specie di revoca è l'acquirente dal debitore. La revoca è diretta a fare venir meno gli effetti dannosi di un'attribuzione patrimoniale, la quale suppone l'esistenza di un destinatario. Questi, in quanto vede limitato in qualche modo l'effetto di un negozio dispositivo del debitore a suo riguardo, subisce gli effetti della sanzione dell'illecito del debitore.

Chi si debba considerare come acquirente nella revoca degli atti fraudolenti, non è detto nella legge; ma in genere può essere determinato con una certa facilità, ove si tenga presente la funzione dell'istituto. Terzo acquirente è colui al quale deriva o può derivare un vantaggio patrimoniale per effetto dell'atto di disposizione del debitore.

In primo luogo dunque è terzo chi acquista mediante contratto col debitore; ma è anche terzo chi, pur non partecipando alla formazione del negozio, fruisce dell'effetto patrimoniale dell'atto del debitore, come colui che acquista un diritto per effetto di una rinuncia del debitore. In questo secondo caso la qualità di terzo, come è ovvio, si determina soltanto per un fatto successivo e distinto dall'atto del debitore (esempio: accettazione dell'eredità, in seguito alla rinuncia del debitore).

Talora il terzo acquirente può essere occultato per effetto di una interposizione fittizia di persona; la quale può avere appunto lo scopo di far apparire come soggetto del negozio fraudolento una persona di cui sia più difficile provare la malafede, e, in particolare, quella specifica malafede prevista nell'art. 709 n. 1 c. co. Allora il creditore agente può aver interesse a far valere prima della revo-

catoria la simulazione, per dirigere poi la sua azione contro il vero acquirente.

39. — Infine vi sono dei soggetti eventuali della revoca: i subacquirenti, coloro cioè che derivano dall'acquirente immediato dal debitore la titolarità di un diritto sulla cosa da questo alienata. Anch'essi sono soggetti della revoca, perchè questa determina — sotto alcuni presupposti — una certa forma di inefficacia dell'atto di acquisto che sta a base del loro diritto. Si vedrà in seguito che, a seconda del modo e del tempo con cui si è verificato l'acquisto del subacquirente, la revoca opera in suo confronto o mediante una estensione di effetti della sentenza, indipendentemente da una partecipazione del subacquirente al giudizio di revoca; o per effetto di una partecipazione del subacquirente allo stesso giudizio.

Il terzo subacquirente si identifica appunto per la titolarità del diritto sulla cosa alienata in frode dal debitore, e successivamente dal terzo acquirente. Non si deve esaminare qui il modo in cui può essere sacrificato il diritto del subacquirente.

---

## Capitolo IV.

# PRESUPPOSTI DELLA REVOCA

### § 1. — Presupposti relativi al creditore.

SOMMARIO: 40. Programma del capitolo. Il principio dell'anteriorità del credito. — 41. Anteriorità dei crediti a termine o sotto condizione. — 42. Pretese eccezioni al principio dell'anteriorità. — 43. L'anteriorità del credito e la revocatoria fallimentare. — 44. L'anteriorità del credito e la revocatoria penale.

40. — Nel presente capitolo sono esaminati i presupposti materiali, o, secondo la terminologia del Chiovenda, le condizioni dell'azione revocatoria (1). Questo primo paragrafo riguarda i presupposti relativi al creditore agente, il secondo quelli relativi al debitore, il terzo quelli relativi all'acquirente ed, eventualmente, al subacquirente.

L'alienazione fraudolenta è stata definita come illecito contrattuale del debitore. Ora un comportamento in tanto può essere definito come illecito, in quanto sia presupposta l'esistenza di un obbligo che imponga un certo comportamento. Se non c'è un rapporto giuridico di garanzia, e perciò, *a parte debitoris,* un obbligo di garanzia, l'atto di disposizione patrimoniale da lui compiuto non può essere definito come fraudolento; e perciò il creditore il cui

---

(1) *Principi* cit., § 3, p. 96 ss.; *Istituzioni* cit., I, n. 19, p. 59 ss. Il Betti, *Diritto processuale* cit., n. 35, p. 149, parla di *requisiti della ragione.* Sulla nozione di presupposto materiale, cfr. ancora Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts,* Lipsia, 1912-1919, I, § 100, p. 254 s..

diritto è sorto successivamente all'atto di disposizione non può chiedere che esso sia revocato.

Questo principio si è soliti esprimere più brevemente dicendo che presupposto della revoca, per quanto concerne il creditore, è l'anteriorità del credito rispetto all'atto impugnato (2). In realtà, poichè con la revocatoria il creditore tutela il suo diritto di garanzia, è questo che deve preesistere all'atto impugnato; e l'osservazione à forse il suo peso, come si vedrà fra breve.

Da un punto di vista sistematico è bene ricordare che la c. d. anteriorità del credito non è un fenomeno processuale di legittimazione ad agire, come spesso si dice dalla dottrina, ma, come del resto risulta dalla collocazione di esso in questo studio, è un presupposto materiale della revoca, al pari dell'alienazione del debitore e della malafede del terzo acquirente a titolo oneroso.

La legge non accenna alla necessità del presupposto della c. d. anteriorità del credito. Ma esso deriva con sicurezza dalla stessa funzione della revoca, in confronto all'oggetto del rapporto di garanzia. Di fatti, titolare del diritto di garanzia è il creditore; oggetto di questo diritto sono i beni presenti e futuri del debitore (art. 1948): presenti e futuri rispetto al momento in cui il credito è sorto. I beni passati (per adottare la terminologia espressiva, anche se non precisa, della legge), quelli cioè che ànno fatto parte del patrimonio del debitore prima che sorgesse il diritto di credito, non possono costituire garanzia di questo. Perciò il debitore che aliena i propri beni

---

(2) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 82, p. 325 ss., ed ivi GIORGI, *Note*, p. 388 ss.; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 107; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 403, p. 837 ss.; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 94 ss.; BOZZI, *Se, per l'esercizio dell'azione pauliana, occorra che il credito sia anteriore all'atto impugnato*, *Sinossi giur.*, fasc. 497, art. 1235; GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 32 ss., p. 60 ss.; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, nel *Traité* cit., VII, n. 956 s., p. 259 ss., ed ivi dottrina e giurisprudenza francesi; C. 2.12.1938, Mezzadra c. Caffi, *Sinossi giur.*, fasc. 560, art. 1235; C. 8.7.1938, Carletti c. Cecchini, *Foro Ven.* 1938, 805; C. 23.5.1938, Carfì c. Di Bartolo, *Foro it.* 1938, I, 1358. *Contra*: BREZZO, *Revoca* cit., n. 81, p. 127 ss.; AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 149 ss. Nella legge tedesca non è richiesto espressamente il requisito dell'anteriorità; ma perchè possa essere ammessa l'impugnazione da parte di creditori per un titolo successivo al momento dell'alienazione, occorre la prova dell'intenzione del debitore di danneggiare i titolari degli stessi: cfr. JAEGER, *Gläubigeranfechtung* cit., § 3, nota 14.

non può commettere un illecito rispetto a coloro che sono divenuti creditori in base ad un titolo sorto successivamente.

L'assenza di un accenno specifico all'anteriorità del credito nelle norme sulla revocatoria non può essere considerata come un argomento per cui si possa escludere la necessità del requisito in questione, poichè, come si è notato altrove, le norme sulla revoca presuppongono l'enunciazione dell'art. 1948, che fa espresso riferimento ad una garanzia prestata coi beni presenti e futuri.

Recentemente l'Auletta à mosso alcune obbiezioni contro il principio dell'anteriorità, osservando giustamente che esso deriva dalla teoria dell'illecito (3). La critica del ricordato autore è impostata in parte sulla speciale teoria circa la natura della revoca da lui proposta (cfr. n. 23), in parte su alcuni argomenti di ordine sistematico.

Rispetto alla teoria dell'Auletta, è da notare che, nonostante quanto egli osserva, presuppone anch'essa il principio dell'anteriorità del credito: in tanto viene meno la libertà di disposizione del debitore — scrive questo autore — in quanto «esistano dei creditori in condizioni d'incapienza o di strettissima capienza» e l'atto porti ad una diminuzione della loro garanzia (4). Ma quando devono esistere? La risposta è ovvia: al momento in cui l'atto è consumato; e ciò equivale ad affermare il requisito dell'anteriorità. Un creditore per un titolo sorto posteriormente all'atto di disposizione non subisce una diminuzione di garanzia. O, in altri termini, il potere di espropriazione dello Stato non può affermarsi su beni che non fanno più parte del patrimonio del debitore.

L'altro argomento, certo assai più grave, addotto contro il principio dell'anteriorità, è quello delle numerose eccezioni che la dottrina e la stessa legge è costretta a portare al principio stesso. Ma, come si vedrà fra breve, delle eccezioni alcune sono soltanto apparenti, altre si possono giustificare in varie maniere, altre derivano da un offuscamento del principio, che si spiega forse con una lenta evoluzione dell'istituto verso regole nuove che non sono però ancora dominanti.

41. — Occorre determinare quando si possa dire che sussiste

---

(3) *Revocatoria* cit., p. 152.
(4) *Revocatoria* cit., p. 153.

un diritto di garanzia anteriore all'atto fraudolento. La risposta è ovvia: quando esiste un qualunque diritto di credito anteriore ad esso.

In genere si precisa opportunamente che non è richiesta la liquidità del credito, nè che esso sia accertato in forma giudiziale (5).

Si ammette di solito che può essere tutelato con la revoca anche il credito sottoposto a termine iniziale (6). L'affermazione tuttavia mi sembra debba essere precisata. Essa vale certamente nel caso si tratti di un termine che sospende il pagamento del credito; mentre è meno sicuro se sia accoglibile anche per il termine che sospende il sorgere dello stesso rapporto. Tale distinzione suppone che, con una recente teoria, la quale sembra esatta, si neghi il carattere cogente dell'art. 1172 c. c., per cui il termine apposto alle obbligazioni ne ritarda soltanto l'esecuzione, e si riconosca la possibilità dell'esistenza nel nostro diritto di un termine della seconda specie ricordata (7).

Nella prima ipotesi ò detto che l'ammissibilità della revocatoria non può essere dubbia, perchè il rapporto accessorio di garanzia sorto al momento in cui si è costituita l'obbligazione non è esso stesso sottoposto a termine. Nella seconda ipotesi, sebbene il caso sia dubbio, propenderei per la possibilità della revoca a favore del futuro creditore, applicando per analogia il disposto dell'art. 1171, di cui fra breve.

Riguardo ai crediti sottoposti a condizione, la dottrina giustamente distingue. Per quanto concerne la condizione risolutiva non sono mai sorti nè potevano sorgere dubbi, poichè, per effetto di essa,

---

(5) C. 27.1.1939, Gasti c. Vandero, *Sett. Cass.* 1939, 324; C. 2.12.1938, Mezzadra c. Caffi, *Sinossi giur.*, fasc. 560, art. 1235; C. 8.7.1938, Carletti c. Cecchini, *Foro Ven.*, 1938, 805; C. 23.5.1938, Carfi c. Di Bartolo, *Foro it.* 1938, I, 1358.

(6) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 85, p. 331 s., ed ivi GIORGI, *Note*, p. 345 s.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 84, p. 137 s.; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 109; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* cit., p. 462. Non sembra esatta l'osservazione dell'ANDRIOLI (*Azione revocatoria* cit., n. 15, p. 75) che la decadenza dal beneficio del termine disposta nel caso di insolvenza dall'art. 1176 rende inutile la questione: il creditore può non aver interesse a valersi della decadenza, e tuttavia voler tutelare il suo diritto di garanzia.

(7) ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, Torino, 1939, p. 8 s.. Diversamente invece, sul carattere dell'art. 1172 c. c., RUBINO, *La fattispecie* cit., p. 462.

non è condizionato il sorgere, ma il risolversi del rapporto (8). Invece a proposito della condizione sospensiva, il problema è meno semplice, e vi è una notevole corrente nella dottrina che nega l'ammissibilità della revoca (9).

La questione mi lascia piuttosto perplesso: è probabile che, per risolverla esattamente, si debba vedere se sia applicabile alla revoca il disposto dell'art. 1171, secondo il quale «il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti». Un argomento a favore di tale applicazione sarebbe questo, che da un punto di vista empirico è possibile attribuire alla revoca carattere conservativo (cfr. n. 23). D'altra parte è dubbio se il credito sotto condizione sospensiva sia accompagnato da un diritto di garanzia incondizionato; ma in ogni caso si potrebbe pensare che l'espressa attribuzione dell'azione conservativa, disposta dall'art. 1171 *utilitatis causa,* senza tenere in considerazione il fondamento dogmatico della revoca, è argomento testuale che supera ed assorbe ogni considerazione fondata sulla natura giuridica del rapporto condizionale in relazione con l'istituto esaminato.

In conclusione, probabilmente è da accogliere l'opinione che ammette la possibilità di chiedere la revoca anche durante la pendenza della condizione sospensiva. La natura dell'effetto della revoca, come si vedrà, è tale che esso è conciliabile con la situazione di pendenza in cui ancora si trova la condizione; poichè la revoca non determina nessuna conseguenza patrimoniale diretta, ma si limita a rendere possibile nel futuro un'esecuzione.

---

(8) SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 108; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations* cit., n. 955, p. 258; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 16, p. 75 s.

(9) BREZZO, *Revoca cit.,* n. 84, p. 139 s.; SATTA, op. cit., n. 108; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, op. cit., n. 955, p. 258 s.; ANDRIOLI, op. cit., n. 17, p. 76 ss.; RUBINO, *La fattispecie* cit., p. 463. Quest'ultimo autore inquadra il problema nella teoria degli effetti preliminari di una fattispecie non ancora completa: tale è appunto anche il diritto di credito sottoposto alla condizione sospensiva; ora — seguita il RUBINO — un effetto preliminare può sorgere solo in quanto sia ammesso da un'apposita norma, e nel nostro caso tale norma non sussiste. *Nego minorem*: probabilmente la norma espressa ammissiva della revocatoria a tutela del credito condizionato si deve vedere nel disposto dell'art. 1171 c. c., come è detto nel testo. Ammettono la revoca: MAIERINI, *Revoca* cit., n. 85, p. 331 ss., ed ivi GIORGI, *Note,* p. 345 s.; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 98 s.; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 108, p. 495 ss.; GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 375 s..

42. — Un forte attacco contro il principio dell'anteriorità è mosso dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina; si afferma che il principio dell'anteriorità non deve essere inteso in senso rigoroso, e che in particolare la revoca si deve ammettere quando l'atto fraudolento sia stato preordinato all'intento di sottrarre la garanzia di un credito che sta per sorgere (10).

La questione è certo assai delicata; ma sembra che la nostra legge e tutto il sistema della revoca non ammettano una simile interpretazione. Anche qui è da ripetere che in tanto sussiste l'illecito del debitore, in quanto egli abbia un obbligo attuale di garanzia.

A sostegno dell'opinione qui combattuta, talora si è richiamato il disposto dell'art. 194 c. p., nel quale la tendenza ad una larga interpretazione o addirittura all'abbandono del principio dell'anteriorità sarebbe stata seguita dallo stesso legislatore (11). Ma non mi sembra che questo argomento sia conferente: l'art. 194 c. p. è disposizione che forma eccezione alle regole generali, e che, perciò, non si può applicare oltre i casi in essa preveduti (cfr. n. 44).

D'altra parte, nel maggior numero dei casi nei quali, per ammettere la revoca, si dice che sarebbe necessario derogare al principio dell'anteriorità, una simile deroga non è invece necessaria (12). Così, ad esempio, nell'ipotesi più comune che dà luogo alle accennate decisioni, quella dell'avente diritto agli alimenti che impugna come fraudolenta un'alienazione anteriore alla sentenza che fissa gli ali-

---

(10) C. 27.4.1938, Faccin c. Trentin, *Sett. Cass.* 1938, 835; C. 11.4.1938, Serratore c. Bruni, *Sett. Cass.* 1938, 764; C. Sez. Un. 22.12.1930, Morrone c. Giordano, *Foro it.* 1931, I, 1, nella motivazione. Cfr. anche, nello stesso ordine di idee, C. 16.3.1938, Bertocchi c. Tinarelli, *Giur. it.* 1938, I, 1, 884; GIORGI, *Note* su MAIERINI, p. 338 ss.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 81, p. 127 ss.; NAST, *Nota*, in *Dalloz périodique* 1933, II, 99, ed ivi dottrina e giurisprudenza francesi. Nel senso del testo, per l'interpretazione più rigorosa, MAIERINI, *Revoca* cit., n. 82, p. 326 ss.; BOZZI, scritto cit., n. 2, *Sinossi Giur.*, fasc. 497, art. 1235.

(11) C. 27.4.1938 cit.; C. Sez. Un. 22.12.1930 cit..

(12) Non vi è eccezione al principio nel caso di revocatoria esercitata da chi è divenuto titolare di un credito anteriore all'atto fraudolento, in forza di una cessione posteriore ad esso: PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 95 s.. Lo stesso principio vale per il credito del giratario: il credito di cui egli è divenuto titolare è sorto al momento dell'emissione della cambiale, e perciò egli può impugnare un atto fraudolento posteriore a questa data: C. 29.7.1938, Barresi c. Turchio, *Sett. Cass.* 1939, 108.

menti, da parte della persona su cui incombe l'obbligo di prestarli, inesattamente si parla di eccezione al principio dell'anteriorità, e perciò, di revocatoria concessa per un credito sorto posteriormente all'atto fraudolento. Poichè l'obbligo alimentare — di qualunque specie si tratti — non è mai costituito dalla sentenza. Senza affrontare qui il problema della natura dell'obbligo alimentare, che si discute specialmente a proposito dell'obbligo legale, è certo che esso sorge in quanto ne sussistano i presupposti, indipendentemente da una pronuncia del giudice (13). Questa si limita ad accertare l'esistenza di un obbligo già attuale, e a determinare la misura degli alimenti; ma il diritto preesiste.

Perciò l'alienazione fraudolenta, fatta in previsione della sentenza, è diretta a eludere l'adempimento di un obbligo che già esiste, ove già consti del bisogno dell'alimentando, e, secondo una certa dottrina, questi abbia chiesto che gli alimenti gli siano corrisposti. Il principio dell'anteriorità è così rispettato.

In altre ipotesi in cui invece risulti che veramente l'alienazione è stata compiuta allo scopo di frodare creditori futuri, il rimedio, a quanto mi sembra, si trova fuori del campo della revoca. In primo luogo è da ricordare che il creditore — anche per un titolo posteriore all'atto — à la facoltà di far dichiarare la simulazione dello stesso: e l'osservazione è importante, perchè la frode in genere si accompagna appunto con la simulazione. In secondo luogo, soccorre la tutela penale del contraente contro l'insolvenza fraudolenta e contro la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 641, 388 c. p.). Tali norme si presentano nelle ipotesi in questione come un complemento della revocatoria, quando questa non può operare, per mancanza del presupposto dell'anteriorità.

Si è anche sostenuto che nella specie il creditore può essere tutelato a mezzo della norma repressiva del dolo, quale vizio del vo-

---

(13) Il problema della determinazione del momento in cui sorge l'obbligo alla prestazione alimentare è connesso con quello della natura giuridica dell'obbligo medesimo. Sulla questione in genere, cfr. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, *Riv. dir. civ.* 1910, 145 ss., spec. n. 19, p. 172 ss.; e, recentemente, sul carattere dichiarativo della sentenza che statuisce sull'assegno alimentare, HARDOUIN, *Osservazioni* alla sent. Cass. Chambre des Req. 5.1.1938, Panassier c. Level, *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, 467 ss..

lere (art. 1115), o in base all'art. 1151 (14). Mi sembra però che nè l'una nè l'altra azione si possano invocare nel caso. Non la prima, perchè manca quel raggiro che è elemento essenziale del dolo come vizio: la volontà contrattuale del contraente non è stata determinata nel suo contenuto fondamentale dal fatto della controparte, poichè di norma la promessa di conservare una garanzia generica non entra nel contenuto espresso o implicito della volontà contrattuale. Non la seconda, perchè se non è leso l'obbligo di garanzia verso il creditore, non si intende quale altro fondamento si possa riconoscere ad un illecito dell'alienante.

Chi contratta deve essere *curiosus* della situazione patrimoniale della controparte; e deve attribuire a propria negligenza il danno a cui va incontro nell'ipotesi qui considerata.

43. — La dottrina prevalente ritiene che nella revocatoria ordinaria in sede fallimentare e nella revocatoria fallimentare propria venga meno l'esigenza dell'anteriorità del credito (15).

La affermazione è giustificata dalla dottrina stessa con ragioni attinenti alla natura dell'esecuzione. Si osserva che la revoca ordinaria si trasforma da misura di difesa individuale in misura di difesa collettiva; perciò non può profittare che alla massa come tale, senza che sia più possibile distinguere in essa i creditori anteriori dai creditori posteriori all'atto fraudolento (16).

Bisogna riferirsi, aggiunge il Cicu, al carattere organico dell'azienda commerciale, che si manifesta nella connessione fra le successive operazioni: «ciò implica che il dovere del commerciante... nel conservare ai creditori le garanzie dei loro crediti, non si individualizzi distintamente di fronte ai singoli creditori, ma si qualifichi come dovere di conservare all'azienda il credito che ne è la vita» (17). Il principio accennato troverebbe inoltre una spiegazione storica nel

---

(14) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 82, p. 328 s.; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 96 s.; BOZZI, art. cit. n. 3, *Sinossi giur.*, fasc. 497, art. 1235.

(15) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 119, p. 460; BONELLI, *Fallimento* cit., I. n. 403, p. 837 ss.; CICU, *Obbligazione* cit., p. 108 s.; CUZZERI e CICU, *Fallimento* cit., n. 246, p. 217; ROCCO, voce *Fallimento* cit., n. 35.

(16) BONELLI, op. l. cit..

(17) *Obbligazione* cit., p. 109. Così anche: C. 28.6.1930, Giacobazzi c. Fall. Busi-Bergamini, *Temi em.* 1930, I, 1, 161.

carattere dell'*actio pauliana* del diritto romano, e nella dottrina del diritto statutario (18).

Un punto, a mio avviso, non può essere dubbio: che la revoca fallimentare determina il suo effetto — qualunque esso sia — sempre a vantaggio di tutti i creditori, anteriori e posteriori: questa è una sicura conseguenza del principio della solidarietà nella soddisfazione dei creditori concorrenti, attuato nella procedura fallimentare.

Ma qui si può dire che il principio della necessità dell'anteriorità del credito nella sua sostanza resta salvo, sebbene sia meno evidente: il creditore posteriore non tanto si soddisfa con i beni soggetti ad esecuzione in seguito alla revoca, ma *pro quota* su tutti i beni compresi nella massa, senza tenere in considerazione il modo in cui essi sono stati assoggettati all'esecuzione.

Altri punti sono invece da discutere, specie in ordine al regime della revocatoria ex art. 708.

Occorre vedere innanzitutto se si possa impugnare con essa un atto dispositivo compiuto dal debitore in un momento anteriore al sorgere di tutti i crediti facienti parte della massa: problema di ammissibilità della revoca, come si vede, non di determinazione dei soggetti che ne possono trarre vantaggio, una volta che essa sia stata pronunciata.

Si è detto da alcuni, in base alle ragioni che esporrò fra breve, che non può darsi revocatoria ex art. 708 c. co. se almeno uno dei crediti non sia anteriore rispetto alla data dell'atto fraudolento (19). L'affermazione è esatta; ma non dà ancora la soluzione giusta del problema.

E' esatta, perchè se si riconosce che la revoca, anche quando inerisce ad un'esecuzione concorsuale, è diretta a reprimere un illecito, si deve ammettere la necessità della sussistenza di almeno un credi-

---

(18) Sul sistema romano cfr. SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 160 ss..

(19) NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 280, p. 342 s.; GAUDENZI, art. cit., *Temi em.* 1932, I, 1, 178, n. 17; BOZZI, art. cit., n. 5, *Sinossi giur.*, fasc. 497, art. 1235; C. 30.3.1933, Maj c. Masotti, *Giur. it.* 1933, I, 1, 1042. Il CANDIAN (*Fallimento* cit., n. 164, p. 221 s.) nell'art. 708 richiede il requisito dell'anteriorità, ma limita gli effetti della revoca al singolo creditore, solo legittimato ad agire: su questa opinione, cfr. n. 80. — Per la necessità dell'anteriorità nella revocatoria ordinaria in sede fallimentare nel diritto francese, cfr. PERCEROU, *Faillites* cit., I, n. 745 s., p. 1014 ss., ed ivi dottrina.

tore, il cui diritto di garanzia sia stato leso con l'atto fraudolento.

L'accenno al carattere organico della azienda commerciale, può, se mai, essere un buon argomento *de iure condendo* per svincolare la revocatoria fallimentare dalla frode e dare all'istituto un carattere meramente obbiettivo. Ma non può certo valere *de iure condito*. Vi sono dei casi in cui i creditori anteriori sono nettamente distinti dai creditori posteriori all'atto impugnato: ad esempio quando i primi siano stati tutti tacitati in un concordato (20). Se si volesse obbiettare che qui appunto la revocatoria non può esercitarsi, perchè allora è venuto meno l'accennato carattere organico dell'azienda commerciale, si può rispondere che la sussistenza o meno di questo carattere organico è una circostanza di fatto di carattere puramente economico, che l'interprete non può prendere in considerazione per ritenere inapplicabile il principio dell'anteriorità del credito.

Ma fin qui il dissidio fra le due opinioni è piuttosto teorico: nella pratica, in mancanza di creditori anteriori, è impossibile, salvo ipotesi affatto speciali, provare la frode del commerciante, e sopra tutto la malafede del terzo; e tanto basta per escludere l'azione. La divergenza fra le due dottrine à pratico rilievo ad altro proposito: si tratta cioè di vedere — fermo restando il principio della soddisfazione solidale e ugualitaria di tutti i creditori facienti parte della massa — se, essendoci creditori anteriori, la revoca debba tutelare l'interesse di questa nei limiti in cui è stato leso il diritto di garanzia dei creditori anteriori, oppure anche oltre questi limiti, magari fino a integrale soddisfazione di tutti i debiti del fallito. Per chiarire il problema e per farne sentire l'importanza pratica, si può fare un esempio. Tizio commerciante vende il suo patrimonio immobiliare, del valore di 100, allo scopo di frodare i suoi creditori, ai quali deve in tutto 50. L'acquirente in malafede pensa che potrà tacitare i creditori, se faranno valere le loro ragioni, ed anzi, per questa eventualità, ottiene una riduzione sul prezzo. Ma i creditori per il momento non si muovono.

Poi la situazione economica generale peggiora rapidamente e i debiti di Tizio aumentano, finchè egli fallisce. E' giusto che, siccome vi sono dei creditori anteriori per 50, il terzo, sia pure di malafede,

---

(20) C. 30.3.1933 cit.: il Supremo Collegio à osservato appunto che nella specie non sussisteva, in ragione dell'intervenuto concordato, il preteso carattere organico e continuativo dell'azienda.

per effetto della revoca fallimentare ex art. 708 debba sopportare che tutto il valore del bene sia destinato a soddisfare la massa dei creditori, senza che l'*eventus damni* sia limitato all'entità della violazione della garanzia al momento in cui è stata commessa? La risposta negativa sembra ovvia: il curatore, che agisce a tutela della massa, deve dimostrare l'entità del danno subito dai creditori anteriori, e di questo chiedere la riparazione: ed allora gli immobili saranno soggetti all'esecuzione fallimentare — a favore della massa — limitatamente alla misura di 50.

Altrimenti ci si deve adattare a svincolare la revocatoria da ogni criterio di proporzione fra l'entità del danno arrecato e le conseguenze della sanzione; ed ammettere in principio che chi acquista da un commerciante sapendo dell'esistenza anche di un solo creditore, per una somma minima il cui diritto di garanzia sia stato violato, corre il rischio di vedersi un giorno portar via tutto quello che à acquistato. Il che non sembra, oltre tutto, utile alla sicurezza del commercio.

Per quanto concerne invece l'ipotesi dell'art. 709 c. co., si può dire che il principio dell'anteriorità è salvo, per la pratica identità fra i creditori che fanno parte della massa e quelli esistenti al momento della data di cessazione dei pagamenti.

44. — A più gravi problemi dà luogo il principio dell'anteriorità del credito in tema di revocatoria penale, ove sembra evidente che esso non sia richiesto. Di fatti è chiaro che i crediti di cui all'art. 189 c. p., che sono appunto quelli tutelati con la revoca penale, sorgono dopo che il colpevole à posto in essere l'atto fraudolento: ciò vale per tutti gli atti compiuti prima del reato (art. 194) e per alcuni degli atti compiuti dopo di questo (art. 193). Mentre per quelli la proposizione è di tutta evidenza, per questi è da osservare che i crediti per le pene, per le spese di procedimento, per la difesa dell'imputato e per il rimborso delle spese processuali alla parte civile (art. 189 n. 1, 2, 5 e 6) sorgono soltanto in seguito al procedimento, e quelli derivanti dalle spese relative al mantenimento del condannato negli stabilimenti di pena, e dalle spese sostenute da un pubblico istituto sanitario a titolo di cura e di alimenti per la persona offesa, durante la infermità (art. 189, n. 3 e 4), sorgono dopo del reato in un momento che non si può determinare *a priori*, e che, nel secondo caso, può essere anche anteriore all'alienazione fraudolenta.

È probabile che il legislatore sia stato tratto a formulare i precetti in questione in base ad un'analogia di principi con le norme degli art. 708 e 709 c. co., basata sulla massima di comune esperienza, che chi à commesso o sta per commettere un reato è spinto a distrarre i suoi beni per sottrarli all'esecuzione delle sanzioni pecuniarie, al pari del commerciante che, trovandosi in istato di cessazione dei pagamenti o prossimo allo stato medesimo, cerca di sottrarre il suo patrimonio all'esecuzione concorsuale. Senonchè non si è tenuto abbastanza presente che, mentre l'inerenza della revoca ad un'esecuzione concorsuale rende possibile, nella revocatoria fallimentare, una meno rigida applicazione del principio dell'anteriorità del credito, nessun principio del genere poteva autorizzare la deroga allo stesso nella revoca penale. Di modo che ci si trova di fronte ad una norma che, mentre per ogni rispetto richiama la revoca, difficilmente si può spiegare con i principi di questo istituto per quanto riguarda il requisito in esame.

Nè si può dire che ciò importa che nella specie il *consilium fraudis* deve essere limitato alla dolosa determinazione di nuocere ai creditori indicati nell'art. 189 c. p. (21), poichè da un lato un tale limite non deriva dalle norme di legge in materia, e d'altra parte essa non basterebbe, in assenza dell'elemento oggettivo della violazione di un obbligo attuale di garanzia, ad attribuire carattere illecito all'alienazione compiuta dall'autore del reato.

La sola spiegazione che si può dare alle norme in esame mi sembra questa: che, con disposizione eccezionale, in ragione della importanza degli interessi tutelati, la legge impone ad un soggetto un certo comportamento in vista di un obbligo futuro ed eventuale di garanzia: la inosservanza di questo comportamento vale come inadempimento di un obbligo di garanzia attualmente esistente.

---

(21) VALENTI, *L'azione revocatoria a difesa delle sanzioni civili del reato* cit., n. 11, p. 146 s..

## § 2. — Presupposti relativi al debitore.

SOMMARIO: 45. Gli elementi dell'illecito del debitore. — 46. Il *consilium fraudis*: nozione. — 47. Il *consilium fraudis* come dolo. — 48. Il *consilium fraudis* come colpa. — 49. L'elemento oggettivo dell'illecito del debitore: azione ed evento. — 50. L'*eventus damni*: nozione. — 51. Nesso di causalità fra l'alienazione fraudolenta e l'*eventus damni*. — 52. Estensione del danno. — 53. L'atto revocabile. Il problema dell'identificazione dello stesso. — 54. Identificazione dell'atto revocabile nella sentenza del giudice sull'opposizione revocatoria e sull'impugnazione dell'ipoteca giudiziale. — 55. Idoneità dell'atto dispositivo a recar danno. — 56. Rilevanza della funzione sociale dell'atto giuridico in relazione alla revocabilità. — 57. Rilevanza dell'efficacia dell'atto giuridico in relazione alla revocabilità. In ispecie: la revoca in relazione agli atti simulati. — 58. Rilevanza della struttura qualitativa e quantitativa dell'atto giuridico in relazione alla revocabilità. Classificazioni. — 59. Omissioni ed atti materiali. — 60. Atti unilaterali. In ispecie, rinuncie. — 61. Divisione. — 62. Contratti aventi per oggetto un *dare*. Revoca e priorità nella trascrizione dell'acquisto. — 63. Contratti aventi per oggetto un *facere*. Revoca e locazione. — 64. Contratti aventi per oggetto un *praestare*: la revoca delle concessioni di garanzie. — 65. Pagamenti. — 66. Dazioni in pagamento. — 67. Assunzione di nuove obbligazioni.

45. — In questo paragrafo l'illecito del debitore che è a fondamento della revoca è analizzato nei suoi vari elementi: *consilium fraudis*, atto di disposizione, *eventus damni*.

In genere si dice che la revoca à per presupposti il *consilium fraudis* e l'*eventus damni*, ed anche, secondo alcuni, l'anteriorità del credito. Ora, mentre per quest'ultima la denominazione di presupposto credo sia opportuna, il *consilium fraudis* e l'*eventus damni* si devono definire più correttamente come semplici elementi di quell'illecito del debitore, nel quale invece si deve identificare insieme il fondamento e il presupposto principale della revoca. Limitarsi a dire che *consilium fraudis* ed *eventus damni* sono presupposti della revoca, senza tentar di indagare se essi costituiscano assieme un'entità giuridica, che si possa classificare in categorie già note, significa rinunciare ad approfondire la ricerca sul contenuto sia del *consilium fraudis* che dell'*eventus damni*, e quindi sulla natura della revoca (1).

(1) Ad esempio, quando si dice (GARBAGNATI, *Concorso dei creditori* cit., p. 361 s.) che la revocatoria tende « ad ottenere nei confronti del creditore fraudolento e dello stesso debitore, l'accertamento dell'avvenuta frode e del pre-

Invece l'inquadramento che è qui proposto consente, a quanto mi sembra, di chiarire sia il concetto dell'uno e dell'altro elemento che i caratteri dell'alienazione fraudolenta.

Se l'alienazione fraudolenta è un illecito, in essa si dovranno riconoscere gli elementi che sono propri del concetto stesso di illecito. Sebbene non vi sia accordo nella dottrina sull'identificazione di questi elementi, si possono fissare alcuni punti con una certa sicurezza.

Un primo elemento dell'illecito è certo la colpa: essa, intesa in senso lato, come comprensiva della colpa in senso stretto e del dolo, rappresenta ancora il criterio fondamentale di imputabilità (2); anzi si riconosce che nel nostro diritto vi è un vero e proprio principio generale in questo senso, che risulta con chiarezza, sebbene sia espresso limitatamente al campo della colpa extracontrattuale, dall'art. 1151 c. c.: « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello *per colpa del quale è avvenuto* a risarcire il danno ». Allo stesso principio si ritiene ispirato l'art. 1225, in tema di inadempimento dell'obbligazione.

Altro elemento essenziale, per comune consenso, alla nozione di illecito è, per adoperare i termini dell'art. 1151, il « fatto dell'uomo che arreca danno ad altri »: il fatto dannoso. Il danno deve ritenersi un elemento della fattispecie dell'illecito e non soltanto un presupposto necessario per l'applicazione di quella speciale forma di sanzione che è il risarcimento (3). Colpa e danno sono gli elementi materiali dell'illecito.

Ad essi, secondo la dottrina più autorevole, si aggiunge, come

---

giudizio conseguentemente patito dal creditore frodato », è evidente che le nozioni di *consilium fraudis* e di *eventus damni* restano del tutto oscure.

(2) LEONHARD, *Schuldrecht* cit., II, p. 599, I, p. 424 ss., p. 449. Cfr. anche l'ampia rassegna delle diverse teorie di diritto tedesco e francese sull'argomento in MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, Parigi, 1938, n. 1 ss., p. 7 ss.; n. 17 ss., p. 41 ss.. Sulla nozione di imputabilità in genere, cfr. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, p. 12 s.; BETTI, *Diritto romano* cit., § 79, p. 419 s..

(3) SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 2ª ed., Parigi, 1901, n. 303, p. 356; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, n. 3 ss., p. 17 ss.; BETTI, *Diritto romano* cit., § 79, p. 417. *Contra*: G. SCADUTO e RUBINO, voce *Illecito (atto)*, in *Nuovo Digesto italiano*, VI, Torino, 1938, n. 4.

elemento formale, l'*iniuria* (4), che si definisce come violazione di un obbligo dell'agente o lesione di un diritto altrui (probabilmente è più precisa la prima di queste due formule, ma la questione non interessa in questa sede). L'*iniuria dat esse* all'illecito. Quando, più sopra, si è identificato il fondamento della revoca in un illecito, si è giunti a questo risultato appunto in quanto si è stabilito che l'alienazione fraudolenta è violazione dell'obbligo di garanzia del debitore, ed anche lesione del corrispondente diritto del creditore.

Devono essere esaminati qui i due elementi materiali dell'alienazione fraudolenta. Come è chiaro, il *consilium fraudis* deve essere identificato con l'elemento della colpa in senso lato, e l'« atto fatto in frode delle ragioni dei creditori », in quanto sia pregiudizievole a questi, con l'elemento del comportamento dannoso.

46. — L'elemento psicologico dell'alienazione fraudolenta è tradizionalmente indicato col nome di *consilium fraudis*. La legge non dice però in che cosa esso consista; perciò il problema della determinazione del contenuto della frode rappresenta una delle questioni tradizionali della revocatoria.

La dottrina, che preferisce evitare inquadramenti sistematici, e così non riesce a dare un'interpretazione rigorosa della norma incompleta, si preoccupa specialmente di definire il contenuto minimo sufficiente del *consilium fraudis*; il che è certo utile da un punto di vista pratico, ma non basta per la costruzione dogmatica dell'istituto, poichè questa deve tener presente ogni possibile gradazione d'intensità del volere nel debitore alienante in frode.

L'insegnamento che riduceva il contenuto del *consilium fraudis* all'*animus nocendi* (5) oggi si può dire abbandonato. Nella maggio-

---

(4) Betti, *Diritto romano* cit., § 78, p. 408 s.; Scaduto e Rubino, voce cit., n. 1. Tale elemento è chiamato dai penalisti *antigiuridicità*: cfr. Mezger, *Diritto penale*, trad. it. di Mandalari, Padova, 1935, § 18, p. 181. Sull'improprietà di questo termine, cfr. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1932, n. 11, p. 23 ss.

(5) Brezzo, *Revoca* cit., n. 70 s., p. 112 ss.; Satta, *Atti fraudolenti* cit., n. 7 ss.; Aubry e Rau, *Cours* cit., IV, § 313, p. 226; e, con alcune limitazioni, Planiol, Ripert e Esmein, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 930, p. 232 ss.; Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, Parigi, 1928, n. 191, p. 238 ss.; Ripert, *Règle morale* cit., n. 165, p. 313 ss.

ranza dei casi, una dottrina così severa impedirebbe alla revocatoria di adempiere alla sua funzione sociale. Questa esige che sia possibile reagire anche contro quell'alienazione che è stata fatta con semplice prevedibilità del danno; e la prevedibilità del danno non basta a costituire il dolo.

La teoria oggi dominante ritiene di solito che basti, ad integrare il *consilium fraudis*, la coscienza o consapevolezza di recar danno creando una situazione di insolvibilità, o aggravandola, se preesiste (6). Tale opinione non si fonda su alcuna giustificazione dogmatica, nè sul significato letterale delle parole *consilium fraudis*, che suggerirebbero piuttosto di accogliere la teoria più rigorosa sopra ricordata; ma è sostenuta solo in base a considerazioni, più o meno rilevanti, di ordine pratico; ed è formulata con tali incertezze e varietà da autore ad autore, che si intende come nei tribunali questo punto sia oggetto di continue discussioni, più che ogni altro della revoca. L'inconcludenza dell'opinione dominante sul contenuto del *consilium fraudis* è bene rispecchiata, mi sembra, nell'enunciazione datane da un autorevole scrittore, che ad essa aderisce: « La coscienza di recar danno, cioè la *previsione* di nuocere si concreta nella scienza che il debitore ha della propria insolvenza attuale o della insolvenza in cui lo ridurrà la disposizione patrimoniale »; e ancora: « l'opposizione tra *animus nocendi* e coscienza di danneggiare non è del resto così recisa e netta come potrebbe sembrare e come è ritenuta dai

---

(6) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 56, p. 185 ss.;; n. 66, p. 246 s.; GIORGI, *Il consilium fraudis nell'azione pauliana, Foro it.* 1898, I, 22; ID., *Obbligazioni* cit., II, n. 272, p. 365 ss.; VENZI, *Note* a PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 511; L. COVIELLO, *Nota,* in *Giur. it.,* 1897, I, 1, 990; CONFORTI, voce *Azione revocatoria,* in *Nuovo Digesto italiano,* II, Torino, 1937, n. 55; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 89; DEMOGUE, *Obligations* cit., VII, n. 1033, p. 409; COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français,* 7ª ed., Parigi, 1931-1932, II, n. 259, p. 247 s.; GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 59, p. 110, secondo il quale la frode sarebbe un atto che all'agente deve apparire immorale in ragione della conoscenza del suo stato patrimoniale. Per il diritto romano cfr. SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 112 ss.. Giurisprudenza costante: C. 13.1.1939, Labriola c. Soc. Samica, *Mass. Foro it.,* 1939, 22; C. 21.7.1938, Chiavacci c. Fall. Cattaneo, *Sett. Cass.,* 1938, 1314; C. 8.2.1937, Maisano c. Logozzo, *Sett. Cass.,* 1937, 356; C. 16.3.1936, Giannerini c. Caciolli, *Sett. Cass.,* 1936, 501; C. 12.2.1936, Garzia c. S. A. Un. Esercizi elettrici, *Sett. Cass.,* 1936, 341; C. 18.2.1932, Bonetti c. Alberici, *Giur. it.,* 1932, I, 1, 389.

fautori delle due opposte teorie. Praticamente accade che chi ha scienza della propria insolvenza e quindi coscienza di danneggiare, ha anche l'intenzione di nuocere: a ogni modo da quella coscienza si può presumere l'*animus nocendi*» (7).

La debolezza di questa teoria sta proprio in ciò, che essa prescinde del tutto da ogni considerazione attinente al fondamento della revoca. La sua autorità deriva esclusivamente dalla tradizione.

È chiaro che, per risolvere il problema, bisogna risalire ai principi. Se l'alienazione fraudolenta è un illecito civile, il contenuto volitivo di essa deve consistere nel dolo o nella colpa, salvo che la legge non disponga espressamente in modo diverso (8). Una diversa volontà di legge non si può vedere nella stessa parola *frode*. Questa caratterizza *ab antiquo* l'istituto della revoca, che à subito una profonda evoluzione. Sembra legittimo pensare che, nonostante il permanere del nome di frode, si sia verificato, parallelamente allo sviluppo romanistico dell'elemento psicologico nell'illecito civile, un processo di estensione del contenuto dell'illecito del debitore contro cui reagisce la revoca; in modo che accanto al dolo, abbia acquistato rilevanza anche la colpa. E la colpa credo sia il contenuto minimo del c. d. *consilium fraudis*.

Certo l'opinione qui avanzata porta a dover prescindere dal requisito, comunemente posto, dell'effettiva previsione del danno. Ciò però non significa estendere di molto, da un punto di vista pratico, l'ampiezza del *consilium fraudis*, perchè la colpa consisterà il più delle volte nella *prevedibilità* del danno. D'altra parte è giusto che possa essere colpito il debitore che, ignorando per negligenza la sua situazione patrimoniale, danneggia i suoi creditori con atti di disposizione (9).

---

(7) De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 164 testo e nota. La stessa imprecisione nelle osservazioni di Planiol, Ripert e Esmein, op. l. cit., *supra*, nota 5, e di Nast, *Nota* in *Dalloz périodique*, 1933, II, 97 ss..

(8) Sembra contraddittoria l'opinione del Mandrioli (*Considerazioni* cit., *Foro Lomb.*, 1933, I, 1 ss., n. 3) che, pur fondando la revoca sull'illecito del debitore, esclude che il *consilium fraudis* possa configurarsi come colpa, perchè la revoca avrebbe bisogno di una nozione specifica dell'elemento soggettivo. E questa, come si è visto, è anche l'opinione della dottrina dominante, che però non deriva da un'indagine rigorosa sul fondamento dell'istituto.

(9) Nello stesso senso, sostanzialmente, anche il Cicu, che ammette si possa agire in revocatoria anche quando manchi nel debitore la coscienza del danno, se ciò avvenga per ignoranza inescusabile (*Obbligazione* cit., p. 60 s.).

Si deve esaminare più particolarmente i caratteri del dolo e della colpa, in quanto momenti volitivi di un'alienazione fraudolenta.

47. — Quanto al dolo, tutti sono d'accordo nel ritenere che esso può costituire l'elemento soggettivo dell'illecito del debitore. Anzi potrebbe sembrare, come si è notato, che il termine *consilium fraudis* importasse un riferimento necessario ed esclusivo al dolo; ma si è visto come esso oggi costituisca una denominazione assai imprecisa del momento volitivo della violazione dell'obbligo di garanzia.

Vi è un caso però in cui la legge pone a fondamento della revoca soltanto il dolo e non la colpa: l'art. 512 c. p. c., che parla appunto di *dolo o collusione* a danno dei creditori. L'esclusione della colpa è qui dettata evidentemente dall'opportunità che il creditore non abbia il potere di sindacare la diligenza con cui il debitore à condotto un giudizio; specie perchè contro l'eventualità di una difesa negligente è concesso il rimedio preventivo dell'intervento *ad adiuvandum*. Collusione poi, non vi è dubbio, è l'attività dolosa del debitore e, insieme, dell'altra parte in giudizio, a danno del creditore. Il fatto che la legge ricordi anche l'ipotesi del dolo accanto a quella della collusione, indica innanzi tutto che non è sempre richiesto necessariamente un concerto doloso fra il debitore e l'altra parte, perchè allora il termine dolo sarebbe stato inutile, bastando quello di collusione; se poi occorra il dolo anche nel terzo litigante col debitore, o sia sufficiente il dolo di questo, si vedrà in seguito (cfr. n. 78).

Questione assai incerta è quella di determinare, nella specie, il contenuto del dolo: se cioè anche nell'ipotesi dell'art. 512 c. p. c. si possa richiamare il principio *culpa lata dolo aequiparatur*. La dottrina prevalente è per l'affermativa: si ammette infatti che il creditore può agire in opposizione ex art. 512 se il debitore abbia omesso di valersi di una difesa perentoria, come ad esempio nel caso che non avesse prodotto in causa una quietanza di pagamento (10). Il confine fra dolo e *culpa lata* è incerto e vi sono infiniti casi che si prestano a discussioni; in ogni modo si deve andare molto cauti in questa estensione del concetto di dolo; e ammettere l'opposizione soltanto quando è da ritenere ragionevole che l'omissione sia coscientemente rivolta a danneggiare i creditori.

---

(10) Galluppi, *Opposizione del terzo* cit., n. 199 s., p. 275 s.; Lipari, *L'opposizione di terzo revocatoria*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, n. 5, p. 98.

48. — Più complessa si presenta l'indagine relativa alla colpa. Infatti i dubbi che rendono difficile determinare quando un'alienazione non dolosa sia tuttavia revocabile sono gli stessi che rendono incerta la nozione di colpa. Qui si ripresenta il problema, sempre attuale, di stabilire quale sia il contenuto minimo della frode. Succede spesso che il creditore considera frode quella che per il debitore è semplice prudenza negli affari.

Certo è che, se l'alienazione fraudolenta è un illecito, la distinzione fra dolo e colpa è in essa legittima; e si deve perciò respingere le teorie che non vogliono riconoscerla nell'ambito del *consilium fraudis*. Ma quando si può dire che un'alienazione è colposa? Il criterio comunemente accolto della previsione o della consapevolezza del danno, si è visto, non serve allo scopo.

Esso infatti non corrisponde al normale contenuto della colpa, che si suole esattamente identificare in un comportamento negligente di fronte ad un obbligo (11).

Nel caso che qui interessa, è negligente quel debitore, che perseguendo un suo qualunque scopo, anche lecito, aliena dei beni, senza tener presente che, così agendo, fa venir meno la garanzia dei creditori in modo che essi possano risentire danno.

Prevedere il danno che arrecherà la propria azione non è ancora illecito. Se mai la previsione può essere, come è in diritto penale (art. 43, 1° comma c. p.), una qualifica, non l'elemento caratteristico della colpa: la teoria classica soggettiva parla di prevedibilità (non di effettiva previsione) del danno come fondamento della colpa, ma in quanto questa prevedibilità inerisca ad un comportamento negligente.

Invece, se si richiede una effettiva previsione o consapevolezza del danno, si rischia di peccare in certi casi per difetto, in altri per eccesso.

Così la prova della consapevolezza del danno non può bastare a dimostrare la sussistenza della frode, se tale consapevolezza non concorra con un comportamento negligente. Ad esempio io debitore vendo un mio stabile — unica garanzia dei miei creditori — allo scopo, per ipotesi accertato, di procurarmi il denaro con cui acquistare subito dopo, a condizioni particolarmente favorevoli, un altro stabile. Pur

(11) Mezger, *Diritto penale* cit., § 46, p. 367 ss.; Carnelutti, *Teoria generale del reato* cit., n. 70, p. 212 ss.

avendo io previsto che la temporanea assenza di un'effettiva garanzia rende incerta la situazione dei creditori, non si può dire che la mia alienazione sia fraudolenta, perchè è mancata ogni negligenza; anche se poi, per circostanze indipendenti dalla mia volontà, ò perduto il denaro.

In altri casi, richiedere la consapevolezza del danno sarebbe eccessivo. Perchè un debitore disordinato, che non sa quanto deve, e nell'incertezza se un suo atto di alienazione sia dannoso o no, lo compie, deve essere trattato meglio di chi conosce le sue condizioni patrimoniali ? Perciò si dovrebbe parlare, se mai, di semplice prevedibilità del danno.

Del resto, anche applicando l'opinione corrente, da un punto di vista pratico, la prova della consapevolezza, in quanto in genere è prova indiziaria di uno stato d'animo, si riduce ad una prova della prevedibilità: e cioè ad un giudizio di probabilità. Se si dimostra che un uomo di media diligenza nell'amministrazione delle cose sue, nelle condizioni in cui si svolse l'atto, avrebbe dovuto prevedere il danno, ciò basta perchè sia provato quel tanto di *consilium fraudis* che può dar adito alla revoca.

49. — È necessario precisare il contenuto dell'elemento oggettivo dell'illecito del debitore, quale presupposto della revoca.

Confrontando il testo dell'art. 1151 con quello dell'art. 1235, 1° comma, viene spontanea l'osservazione che il primo, che descrive la fattispecie generica dell'illecito extracontrattuale, fa richiamo alla colpa e all'atto pregiudizievole, ma non alla lesione del diritto altrui; mentre il secondo, che descrive la fattispecie di un determinato illecito contrattuale, si richiama insieme alla colpa ed alla lesione del diritto altrui (frode alle ragioni dei creditori), ma, per quanto attiene al fatto con cui si consuma l'illecito, accenna soltanto all'atto del debitore, e non alla necessità che questo atto sia dannoso: ciò significa che la descrizione della fattispecie, contenuta nell'art. 1235, non è completa, in quanto non dice come si atteggi il requisito del danno nell'alienazione fraudolenta.

Ora, poichè si deve giungere all'enunciazione integrale della norma, superando la formula frammentaria, che essa à derivato dalla sua evoluzione storico-legislativa, se si vuole individuare nella sua completezza la fattispecie dell'alienazione fraudolenta, occorre tener presente come l'atto di disposizione da parte del debitore concorra

insieme all'*eventus damni* a costituire l'elemento materiale oggettivo, e cioè il comportamento dannoso.

La reciproca posizione di questi due momenti ci è indicata dalla dottrina dell'atto illecito, che, applicando alla teoria generale del diritto una nozione sviluppata dai penalisti, distingue nel fatto punibile l'azione e l'evento (12).

L'azione è di solito definita come il comportamento dell'agente, conformemente al senso della parola stessa; l'evento come l'offesa all'interesse protetto dalla norma violata, e cioè il danno o il pericolo (13). Azione ed evento sono elementi essenziali di ogni illecito. Sotto questo aspetto i penalisti avvertono esser infondata la distinzione fra reati di pura attività e reati di evento, o, come si preferisce dire, fra reati materiali e formali; a meno che non la si voglia ridurre alla constatazione che in certi reati azione ed evento sono necessariamente contemporanei, ed in altri no.

Io credo che questi concetti e l'accennata osservazione valgano negli stessi termini anche per quell'illecito civile che è l'alienazione fraudolenta. In tanto la fattispecie di essa è completa, in quanto sia dimostrato che sussiste (oltre al *consilium fraudis,* elemento soggettivo) un atto giuridico del debitore, e che quest'atto à arrecato un danno.

Vale la pena di notare qui come l'atto del debitore, che è un atto giuridico lecito da un punto di vista astratto, e anzi, di solito, un negozio giuridico, si presenti quale un elemento costitutivo della fattispecie dell'alienazione fraudolenta: in altri termini, la fattispecie dell'atto giuridico del debitore è assorbita come azione nella più ampia fattispecie di un suo illecito (14).

Rispetto all'elemento del danno, qui basta osservare che non si è mai dubitato della sua essenzialità nell'alienazione fraudolenta; an-

---

(12) MEZGER, *Diritto penale* cit., § 12, p. 115 ss. (che però intende l'azione in senso ampio, come fatto punibile); CARNELUTTI, *Teoria generale del reato* cit., n. 73, p. 223 ss.; GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato, Annali di dir. e proc. pen.,* 1934, 857 ss.; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1934 (p. 164: « evento è il resultato descritto nella fattispecie legale, lesione dell'interesse che la norma penale intende proteggere »).

(13) Cfr., per tutti, DELITALA, *Il fatto* cit., p. 131, 169.

(14) Cfr., su questo punto, THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht,* Weimar, 1878, p. 367 ss., testo e nota 84.

zi, come si vedrà, numerose norme richiedono espressamente la sussistenza del danno stesso (cfr. n. 50).

Da un punto di vista logico e cronologico, come l'azione precede l'evento, la teoria dell'atto di disposizione dovrebbe precedere la teoria dell'*eventus damni*; ma poichè l'evento è misura dell'idoneità dell'azione in genere, e della sussistenza del nesso di causalità, mi sembra più opportuno che in primo luogo sia precisata la nozione dello stesso; in modo che sia facilitato il giudizio sull'idoneità dei singoli atti dispositivi a recar danno.

50. — Sebbene il requisito dell'*eventus damni* sia tradizionalmente considerato come caratteristico della revoca, l'art. 1235 non lo nomina: in questa norma è posto in risalto solo quello che, secondo la nostra legge, è il momento principale dell'illecito del debitore, e cioè la frode. Tuttavia è certo che l'*eventus damni* è un elemento dello stesso illecito; non perchè, come si è detto, il danno sia implicito nella nozione di frode (15); ma invece perchè è implicito nella nozione di illecito.

Non sembra esatta l'opinione, assai diffusa, secondo la quale, se non ci fosse il danno, difetterebbe al creditore l'interesse ad agire, richiesto nell'art. 36 c. p. c. (16). Mentre questa norma vuol dire che la parte può agire in quanto la tutela in forma giurisdizionale sia per essa la sola tutela possibile nel caso, la necessità del pregiudizio è un requisito sostanziale, perchè si possa parlare di lesione del diritto del creditore.

Del resto, alla necessità del pregiudizio fanno espresso riferimento l'art. 949 c. c. e l'art. 512 c. p. c. (in quanto la fattispecie di questa norma comprende in sè anche quella dell'art. 510, che richiede appunto la sussistenza del pregiudizio dei diritti del terzo).

Ma queste due norme, le sole che accennano all'*eventus damni*, non offrono alcun elemento per determinarne la nozione: e perciò questo è compito dell'interprete. Diversamente l'*Anfechtungsgesetz* germanico al § 2 determina la nozione dell'*eventus damni* nel fatto

---

(15) Butera, *Azione pauliana* cit., n. 67, p. 279; Maierini, *Revoca* cit., n. 48, p. 168 ed ivi Giorgi, *Note*, p. 179.

(16) Butera, op. l. cit.; Maierini, op. l. cit.; Grouber, *Action paulienne* cit., n. 20, p. 37. *Contra*, per considerazioni analoghe a quelle del testo, Cicu, *Obbligazione* cit., p. 57.

che « l'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore non à condotto ad una completa soddisfazione del creditore o è da supporre che non condurrebbe a tale risultato ».

In mancanza di un testo, nella legge italiana la nozione del pregiudizio si deve determinare in funzione dell'interesse del creditore, che l'azione revocatoria è diretta a proteggere. E così, poichè l'interesse è quello della conservazione di beni nel patrimonio del debitore in misura tale e di qualità tale che possano assicurare al momento della scadenza dell'obbligazione la soddisfazione del creditore anche in forma coattiva, riesce facile concludere che la nozione di *eventus damni*, quale è fissata nel § 2 della legge germanica, vale nei suoi termini sostanziali anche per il diritto italiano. Questo è infatti l'insegnamento della dottrina e della giurisprudenza prevalenti (17).

Il danno è l'*insolvenza*. Questo termine non deve però essere inteso nel senso rigido di sproporzione fra l'attivo e il passivo del patrimonio del debitore, come insegna una recente ed autorevole dottrina, secondo cui « il pregiudizio consiste nel fatto, che, nel momento in cui l'azione è iniziata, l'attivo del debitore non permette al creditore di ottenere il pagamento integrale, e ciò in ragione diretta dell'atto fraudolento compiuto dal debitore » (18). Può darsi benissimo che il pagamento integrale del debito sia ancora possibile, ma che il denaro sia nascosto; allora il creditore potrà chiedere la revoca dell'alienazione di un immobile, ove dimostri che non rimangono nel patrimonio del debitore altri beni da aggredire in via esecutiva.

Insolvenza, prima che esecuzione inutile, nella revoca vuol dire mancanza di garanzia, mancanza cioè della assicurazione che il diritto di credito sarà realizzato indipendentemente dalla volontà del debitore: la nostra giurisprudenza parla spesso di insolvenza relativa (19), rispetto ad un'esecuzione forzata. Perciò è possibile ritenere che sussista insolvenza sia quando, per effetto dell'atto, i beni del

---

(17) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 48, p. 169; GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 7, p. 14; CICU, *Obbligazione* cit., p. 56 e spec. p. 59; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 67, p. 280; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 36.

(18) PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 928, p. 231, però con alcune attenuazioni della formula.

(19) Cfr., ad esempio, C. 8.7.1938, Carletti c. Cecchini, *Sett. Cass.*, 1938, 1212; C. 31.1.1938, Di Ciommo c. Spada, *Sett. Cass.*, 1938, 292; C. 10.8.1934, Alessi c. Banca Coop. Termini I., *Sett. Cass.*, 1935, 36.

debitore risultino di valore inferiore all'ammontare dei debiti, sia quando a beni che si possono facilmente aggredire in sede di esecuzione forzata vengano sostituiti beni che per la loro natura possono essere facilmente distratti (mobili) o nascosti (denaro, gioielli) (20).

Io andrei più in là, e farei rientrare in questo larghissimo concetto di insolvenza anche i casi in cui ad un bene che si può aggredire senza difficoltà, e che presumibilmente troverà acquirenti, sia sostituito un bene che, per la sua natura o per la sua posizione, difficilmente potrà essere oggetto di una vendita giudiziale abbastanza agevole o abbastanza redditizia: si pensi all'ipotesi di un debitore che permuta una casa con un giardino zoologico, oppure un fondo situato in Italia con un fondo situato in paese estero, col quale manca una convenzione per l'esecuzione forzata delle sentenze (21).

Vi è un buon argomento letterale per dimostrare che la nostra legge è nell'ordine di idee sopra accennato: secondo l'art. 1905, « la solvenza di un fideiussore non si misura che in ragione de' suoi beni capaci d'ipoteca, eccetto che si tratti di materia di commercio o il debito sia tenue. Pel fine accennato non si tien conto dei beni litigiosi, nè di quelli situati a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi sopra i medesimi »: criteri che si possono tutti applicare nell'indagine sulla sussistenza dell'*eventus damni*, appunto perchè anche l'art. 1905 valuta la solvenza in funzione di un'eventuale esecuzione forzata.

È stato detto che anche il minimo grado di pregiudizio autorizza l'esperimento dell'azione (22). Anche su questo punto mi sembra che non si possa stabilire un principio assoluto: il giudice dovrà valutare caso per caso la situazione del debitore e del creditore. Così direi, ad esempio, che il creditore del commerciante deve tollerare certi spostamenti nel patrimonio dello stesso, o certe alienazioni pericolose, che sono un portato della stessa vita commerciale, un rischio connaturale al rapporto; mentre il creditore di un non commerciante

---

(20) A. Milano 15.2.1938, Nascimbene c. Fall. Boneschi, *Foro Lomb.*, 1938, II, 45.

(21) C. 30.7.1936, Gulisano c. Min. Guerra, *Sett. Cass.*, 1936, 1258; C. 16.3.1936, Menchetti c. Grotti, *Sett. Cass.*, 1936, 500. Cfr. anche le interessanti citazioni di giurisprudenza francese in GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 25 ss., p. 48 ss.

(22) GIORGI, *Note* su MAIERINI, *Revoca* cit., p. 179.

potrà ottenere la riparazione di un pregiudizio anche di entità più lieve. È questo un punto in cui la valutazione del *consilium fraudis* e quella dell'*eventus damni* sono strettamente connesse.

I processualisti indicano il pregiudizio che può dar luogo all'opposizione revocatoria col nome di pregiudizio di fatto, per distinguerlo dal c. d. pregiudizio giuridico, che dà luogo all'opposizione di terzo ordinaria (23). Pregiudizio di fatto, perchè la sentenza contro cui si promuove l'opposizione non dichiara la sussistenza di un diritto incompatibile con quello del creditore; ma semplicemente pregiudica la realizzazione forzata di questo. Ma anche si può dire che vi sia un pregiudizio giuridico in quanto il diritto di garanzia è privato o ridotto di contenuto: tale diritto di garanzia è incompatibile con la sussistenza di un diritto assoluto d'un terzo sull'oggetto della garanzia. L'espressione «pregiudizio di fatto» può dunque mantenersi in relazione alla figura generale dell'opposizione; ma rispetto alla figura generale dell'azione revocatoria, in cui rientra come specie anche l'opposizione revocatoria, non può considerarsi nè utile nè esatta.

51. — L'alienazione fraudolenta e l'*eventus damni* devono essere collegati da un nesso causale: questa esigenza, che deriva da un principio generale della teoria dell'atto illecito, è correntemente affermata dalla dottrina per la revoca (24).

La proposizione accennata consente di precisare in quale momento si debba valutare la sussistenza del danno rispetto al creditore agente. Questo momento è quello in cui è stato consumato l'atto fraudolento, quello della scadenza dell'obbligazione o quello in cui è proposta la domanda di revoca? Non è necessaria la prova di un pregiudizio attuale; basta anche la prova di pregiudizio futuro.

---

(23) CHIOVENDA, *Principi* cit., § 80, p. 929 s., § 86, p. 1014 s.; ID., *Istituzioni* cit., II, n. 408, p. 558 s., n. 410, p. 563 ss.; ALLORIO, *Cosa giudicata* cit., n. 192, p. 318; BETTI, *Diritto processuale* cit., n. 219, p. 723. *Contra*: LIPARI (*L'opposizione di terzo revocatoria* cit., n. 2, p. 94), che ritiene debba trattarsi di pregiudizio giuridico anche nel caso dell'art. 512. Ma è anche dubbio se si possa dare una nozione unitaria del pregiudizio giuridico: in senso negativo ALLORIO, op. cit., n. 187 ss., p. 309 ss., e spec. n. 191, p. 315 s..

(24) GIORGI, *Note* su MAIERINI, *Revoca* cit., p. 179; BREZZO, *Revoca* cit., n. 76, p. 121 s.; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 402, p. 835; CONFORTI, *Azione revocatoria* cit., n. 54.

Poichè si deve trattare di un pregiudizio derivante dalla minore utilità di un'esecuzione forzata, il momento del pregiudizio va in ogni caso riferito ad un tempo successivo alla scadenza dell'obbligazione. Fin quando questa non è scaduta, non è possibile un pregiudizio attuale perchè non è possibile esecuzione forzata (non è eccezionale rispetto a questo principio il disposto dell'art. 1176, perchè esso sposta il momento di scadenza dell'obbligazione): vi può essere la certezza attuale di un pregiudizio futuro.

Dunque pregiudizio che sussiste o è sussistito o sussisterà al momento in cui l'esecuzione forzata è o è stata o sarà possibile. In quest'ultima ipotesi, *nulla quaestio*. Invece è possibile che l'azione revocatoria sia proposta dopo un certo tempo da quando l'obbligazione è scaduta, senza che il creditore sia stato soddisfatto nè per pagamento nè per esecuzione: se durante questo tempo per altri fatti, che per ipotesi sfuggano alla revoca, si sia determinata un'insolvenza che prima non sussisteva, e si possa tuttavia dimostrare la frode del debitore, che conosceva che tali fatti si sarebbero verificati, ecco che anche un danno successivo alla scadenza dell'obbligazione sta in nesso di causalità coll'atto fraudolento, e tale atto è revocabile. A meno che nell'inerzia del creditore nel cercare il soddisfacimento del suo diritto si possa ravvisare una negligenza — che non si qualifica tuttavia come colpa, perchè non importa inadempimento di alcun obbligo —, la quale valga a rompere il nesso di causalità fra atto fraudolento e pregiudizio.

52. — Nell'*eventus damni*, rientra soltanto il pregiudizio dipendente dalla impossibilità di una utile esecuzione ? La giurisprudenza tende, giustamente del resto, a estendere la nozione anche oltre questo limite. Ma si devono ritenere compresi nel pregiudizio anche altri danni, che per effetto del ritardo, il creditore abbia subito ? ed in caso affermativo qual'è il criterio giuridico che pone il limite della imputabilità del danno al debitore ?

Anche qui è bene tentar di inquadrare la questione nei limiti entro cui, nella teoria generale dell'illecito, si deve considerare il danno come derivato dal fatto dell'agente. Vengono subito in considerazione gli art. 1227-1229.

Si tratta di vedere se essi si possano applicare anche all'inadempimento dell'obbligo di garanzia. È opportuno ricordare che è discusso quale sia in realtà l'ambito di queste norme, che, stando alla

lettera della legge, appaiono dettate per l'inadempimento dell'obbligazione. Mentre la dottrina dominante ritiene che sia possibile applicare in via analogica, e cioè in base ad un'identità di *ratio*, gli art. 1227 e 1229 (e non l'art. 1228) anche alla colpa extracontrattuale, si è recentemente dimostrato, con vari argomenti storici e dogmatici, che non credo occorra qui riassumere, che tutte tre le norme citate costituiscono «principi generali relativi alla definizione del concetto di danno ed alla sua determinazione e quantificazione in genere» (25): affermazione specialmente importante in ordine all'art. 1228, che invece, come ò accennato, si considera in genere di stretta interpretazione, riferendolo esclusivamente alla colpa contrattuale, intesa come violazione di un'obbligazione (26).

Poichè si è dimostrato che l'alienazione fraudolenta è violazione di un obbligo specifico, anche se non proprio di un'obbligazione, sembra chiaro che, perciò, gli art. 1227-1229 trovano applicazione pure nel nostro caso. Anche nell'alienazione fraudolenta la prevedibilità del danno non funziona come contenuto del *consilium fraudis*, ma come limite della rilevanza dell'*eventus damni*. In particolare, per quanto riguarda l'art. 1228, la previsione si deve riportare al momento costitutivo dell'obbligazione, e perciò dell'obbligo di garanzia; e per quanto riguarda l'art. 1229, occorre ammettere una più grave conseguenza del *consilium fraudis* quando esso à per contenuto il dolo, che non quando à per contenuto la colpa.

53. — Per completare l'analisi dell'illecito del debitore, si deve esaminare, come elemento di questo illecito, l'atto giuridico che egli à posto in essere.

In primo luogo si presenta il problema dell'identificazione dell'atto fraudolento. Problema di facile soluzione quando sia certo che

---

(25) VERGA, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, in *Scritti per Arcangeli*, Padova, 1937, II, p. 562; e già nello stesso senso: MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896, p. 26; CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni* cit., *Riv. dir. comm.*, 1915, n. 4, p. 627 ss.

(26) POLACCO, *Obbligazioni* cit., n. 128, p. 596 ss.; L. COVIELLO *jr.*, *Obbligazione negativa* cit., II, p. 100 s.; ID., *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, *Annali Perugia*, LI, 1938, n. 5 ss., p. 86 ss.; GIORGI, *Obbligazioni* cit., V, n. 140, p. 220 ss.. Altra dottrina, e giurisprudenza in VERGA, scritto l. cit..

il danno è determinato da un unico atto del debitore; ad esempio, da una donazione. Problema invece assai complicato quando il comportamento del debitore sia complesso, perchè egli compie non uno solo, ma vari atti.

Il criterio di identificazione dev'essere dato dal nesso di causalità: si deve revocare quell'atto che à effettivamente determinato il danno.

Vi sono dei casi dubbi: se il debitore vende in frode un suo immobile, e poi subito dona il prezzo, si deve revocare la vendita o la donazione? A me sembra che possano essere soggette a revoca sia la vendita, che la donazione; poichè sia l'una che l'altra sono per sè sufficienti a determinare un *eventus damni*: quello determinato dalla vendita consiste in ciò che si è sostituito a un bene, che è una buona garanzia, un bene, qual'è il denaro, che è una garanzia cattiva; e quello derivante dalla donazione consiste invece nella diminuzione del valore patrimoniale derivante dall'atto. Prima però si deve chiedere la revoca della donazione, o per lo meno dimostrare, agendo contro il compratore di malafede, che la revoca sarebbe stata inutilmente esercitata in confronto al donatario; altrimenti il compratore, pur di mala fede, potrebbe eccepire che per il fatto che il prezzo della vendita è stato oggetto di una donazione, esso è ripetibile, con la revoca, dal terzo, e quindi in realtà la vendita non à determinato quell'*eventus damni* che era per sè idonea a determinare.

Altro caso, in cui l'identificazione dell'atto da impugnare presenta qualche difficoltà, si à quando l'alienazione fraudolenta è mascherata da una simulazione relativa. Allora il potere di opporre la simulazione non concorre in via alternativa con quello di chiedere la revoca, come nel caso di simulazione assoluta (cfr. n. 57), ma si somma ad esso, poichè la simulazione relativa à appunto lo scopo di fare apparire ai terzi come esistente un atto che non è revocabile o che è più difficilmente revocabile di quello simulato; e solo in quanto si sia utilmente opposta la simulazione, è possibile chiedere la revoca del negozio dissimulato.

Cito un caso che ò recentemente osservato: un debitore, volendo cedere un credito in pagamento ad un creditore per frodare così gli altri, allo scopo di meglio occultare la frode, stipula simulatamente, assieme ad un prestanome del creditore, una cessione di credito quale controvalore di una somma corrispondente asseritamente mutuata e versata dal prestanome al momento del contratto. Dimostratasi la

simulazione relativa (*cessio pro soluto* simulata con l'apparenza di una cessione-vendita e interposizione fittizia di persona), l'atto è stato revocato come cessione del credito *pro soluto* a favore del creditore che avrebbe dovuto essere preferito (27).

54. — Vi sono dei casi in cui un comportamento del debitore determina conseguenze analoghe a quelle di un'alienazione fraudolenta, sebbene non abbia carattere negoziale, nel senso che le modificazioni patrimoniali non dipendono direttamente da esso. Ciò è vero in ispecie per il comportamento processuale: l'effetto di diritto materiale è prodotto dalla pronuncia del giudice, e cioè dall'atto di un terzo. Secondo le regole comuni, l'atto del giudice — come atto del terzo — dovrebbe sfuggire alla revoca. Per evitare che in questo caso la frode resti priva di sanzione, si presentano due soluzioni possibili: o la revoca dei singoli atti processuali, sebbene essi non importino per sè alcuna modifica della situazione patrimoniale dell'agente, o la revoca dell'atto del giudice, sebbene si tratti dell'atto di un terzo. La nostra legge segue questa seconda soluzione, e opportunamente, perchè così riesce a reprimere anche quel comportamento processuale che consista in un *non facere*.

Le ipotesi principali in cui l'atto del giudice può essere soggetto a revoca sono quelle in cui l'atto stesso è l'effetto del dolo processuale a danno del creditore (art. 512 c. p. c.) o titolo di una speciale garanzia (ipoteca giudiziale, art. 709 n. 4 c. co., art. 9, 2° comma, l. 10 - 7 - 1930, n. 995, sul fallimento). Nel primo caso la sentenza è revocata in quanto è il risultato dell'atto del debitore, come se fosse un suo atto, mentre in realtà è un atto del terzo: *iudiciis quasi contrahimus* si diceva un tempo, manifestando in quel *quasi* l'analogia di effetti fra la sentenza e il negozio.

Anche nel secondo caso si suppone che sia il comportamento del debitore a determinare la sentenza di condanna, la quale è titolo costitutivo di un'ipoteca — effetto, questo, secondario rispetto a quello principale della condanna (28) —: in quanto tale, essa è revocabile.

---

(27) A. Trieste 26.5.1938, Fall. Pioppi c. Stefani, n. 259 ined..

(28) S. SATTA, *Effetti secondari della sentenza*, *Riv. dir. proc.*, 1934, I, n. 8, p. 269 nota 2. Invece il CALAMANDREI (*Retroattività della sentenza e ipoteca giudiziale*, *Riv. dir. comm.*, 1933, I, n. 3, p. 743 ss.) ed E. ENRIQUES (*La sentenza come fatto giuridico*, *Padova*, 1937, n. 40, p. 121 s.) definiscono il

Nè la proposizione della domanda nè l'iscrizione dell'ipoteca possono essere considerati quali atti consumativi dell'illecito, come si è variamente sostenuto di recente dalla dottrina e dalla giurisprudenza (29), perchè, a prescindere da molte altre considerazioni, sia l'una che l'altra sono atti di terzi cui il debitore non partecipa in nessuna maniera.

Nè si dica, per quanto concerne in ispecie l'iscrizione dell'ipoteca, che, come si sostiene qui che l'atto revocabile è per volontà di legge un atto del terzo perchè del giudice, altrettanto si può dire dell'iscrizione dell'ipoteca: questa, una volta che esista il titolo costitutivo, è un atto indiscutibilmente legittimo (art. 710 c. co.). La frode si sostanzia nel complesso comportamento processuale o anche nella semplice contumacia: è questione di fatto se esso rientri, in tutto o nella parte più importante, nel periodo della cessazione dei pagamenti. Non l'atto giudiziale è in frode al creditore, come si è voluto far dire ai fautori della teoria dell'illecito, ma l'atto giudiziale è il risultato della frode, e, in quanto tale, è revocabile: come nell'ipotesi dell'art. 512 c. p. c..

La legge ottiene così che quella frode continuata, consumatasi mediante il comportamento della parte nel corso di un processo, sia

---

potere di iscrivere l'ipoteca giudiziale quale un effetto della sentenza come fatto.

(29) Della prima opinione la giurisprudenza dominante: C. 3.6.1935, Bongiorno c. Fall. Barbieri, *Giur. it.*, 1936, I, 1, 105; C. 15.5.1933, Banca Toscana c. Boninsegni, *Sett. Cass.*, 1933, 969; C. 7.4.1933, Marconi c. Soc. Benzonaftene, *Giur. it.*, 1933, I, 1, 1090; C. 28.7.1932, Ballerini c. Fall. Soc. Petroli Taro, *Foro it.*, 1932, I, 1376; C. 29.6.1931, Fall. Toffoli c. Stucky, *Foro it.*, 1931, I, 1346; e buona parte della dottrina: L. Coviello, *Ipoteche* cit., p. 192 s.; Ascoli, *Presunzione di frode dell'ipoteca giudiziale in caso di fallimento, Riv. dir. civ.*, 1933, 506; Zanfagnini, *Ancora sulle ipoteche giudiziali in relazione alla revocatoria fallimentare, Giur. it.*, 1936, I, 1, 105. Nel senso che invece per valutare la frode si deve far riferimento alla data in cui le parti svolsero la loro ultima attività in giudizio, e cioè alla data della spedizione della causa a sentenza, cfr. Vivanti, *Ipoteche giudiziali in relazione agli art. 709, 710 cod. di commercio e 9 legge 10 luglio 1939, n. 995, Giur. it.*, 1933, IV, 154, id., *Le ipoteche giudiziali nel fallimento, Giur. it.*, 1935, IV, 174. Della seconda opinione ricordata nel testo: Calamandrei, *Retroattività della sentenza* cit., p. 752 ss.; Zani, *Sentenza di condanna e ipoteca giudiziale, Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 253 ss.; Enriques, *La sentenza come fatto giuridico* cit., l. cit..

colpita in un suo importante effetto. Nel giudizio di revoca occorre e basta stabilire se fra il comportamento processuale fraudolento e la sentenza impugnata vi sia un nesso di causalità, e poi determinare se la data di tutti gli atti processuali con cui si è attuato il disegno fraudolento, o dei principali fra essi, sia compresa nel periodo di cessazione dei pagamenti.

Piuttosto è da osservare che è stato forse inopportuno ammettere, con l'art. 9, 2° comma, l. 1930 sul fallimento, collegato con l'art. 709 c. co., la revocabilità di una sentenza anche oltre il caso di dolo, in quanto così si scuote assai la sicurezza del giudicato, che invece è tutelata dall'art. 512 c. p. c. in tema di opposizione revocatoria.

Credo che il procedimento legale per cui una sentenza, in quanto è il risultato dell'attività fraudolenta del debitore, è revocabile ad opera del terzo, sia qui, come in tanti altri casi, quello della finzione, intesa appunto come mezzo tecnico per estendere *utilitatis causa* l'applicazione di certe norme — nella specie quelle sulla revoca — ad alcuni casi che, nella realtà comune, assunta come realtà giuridica, in esse non rientrerebbero: la sentenza, atto del giudice, è revocabile *come se* si trattasse di un atto del debitore.

55. — L'atto fraudolento, per essere idoneo ad arrecare quell'*eventus damni* che può dar adito alla revoca, deve portare non tanto una diminuzione di beni, quanto una diminuzione di garanzia. Se il debitore dispone di un bene che non è oggetto di garanzia, il suo atto non può essere impugnato. Le garanzie patrimoniali sono date, come dice l'art. 1948, dai beni mobili ed immobili, presenti e futuri. I beni economici non patrimoniali non ànno però di massima funzione di garanzia.

Così se il debitore stipula un contratto di lavoro (in qualità di prestatore d'opera, non di imprenditore, chè allora disporrebbe di denaro), non dispone di un bene patrimoniale, ma solo delle sue energie, che sono tuttavia un bene economico. In tal caso la revocabilità del contratto è esclusa, perchè il diritto di garanzia non è leso.

A questo proposito è da menzionare un'opinione espressa in due recenti sentenze, una di Corte d'Appello ed una della Corte di Cassazione, intervenute nella medesima causa: si è ritenuto che la prestazione di servizi — nella specie, autotrasporti di merci — da parte di un commerciante poi fallito, eseguita nel periodo sospetto, mediante i mezzi organizzati a servizio della sua azienda, allo scopo di

soddisfare col valore dei servizi stessi un creditore a preferenza degli altri, rientra nell'ipotesi di pagamento anormale, revocabile a norma dell'art. 709 c. co. Il supremo Collegio motiva osservando che il servizio di trasporto è *cosa*; come tale può essere oggetto di *datio in solutum*, e questa è revocabile (30).

Invece è ovvio che un servizio di trasporto è un *facere*, e come tale, quantunque sia un bene economicamente valutabile, non è nel patrimonio del debitore e non rientra nella nozione giuridica di cosa. Perciò il servizio di trasporto non costituiva una garanzia patrimoniale a vantaggio dei creditori a sensi dell'art. 1949. L'affermazione che un servizio possa essere oggetto di *datio in solutum*, sebbene esattissima (31), è irrilevante: occorreva vedere invece se oggetto dell'alienazione erano beni costituenti la garanzia dei creditori. In fatto può essere anche avvenuto che il creditore che à avuto *in solutum* i servizi sia stato soddisfatto per tal modo nella misura del 100 per 100, avvantaggiandosi così sugli altri che avranno dovuto accontentarsi del pagamento in moneta fallimentare. Una simile disuguaglianza non conosce sanzione nella nostra legge; ed in ispecie — in tema di fallimento — non importa violazione del principio della *par condicio creditorum*, poichè la nozione di diritto vigente della *par condicio* è assai più ristretta di quella logica di uguaglianza di trattamento dei creditori; in quanto che si riferisce esclusivamente alla soddisfazione dei creditori coi beni che fanno parte del patrimonio del debitore (32).

---

(30) A. Milano 13.4.1937, Fall. Colombo c. S.I.D.M.E.C., *Foro Lomb.*, 1938, I, 291; C. 4.2.1938, stesse parti, *Foro it.*, 1938, I, 909, ed ivi la mia nota *Prestazione di servizi in pagamento e azione revocatoria.*

(31) Polacco, *Della dazione in pagamento*, Padova, 1888, n. 4, p. 14 s.; Allara, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali Palermo*, XIII, 1927, n. 110, p. 253 s..

(32) Nello stesso senso della Cassazione, cfr. invece Righi (*Datio in solutum di servizi nel periodo sospetto e azione revocatoria, Temi emil.*, 1939, I, 1, 16) il quale ammette la revoca, così motivando (ibid., n. 5): la *datio in solutum* dei servizi è concepibile, solo se essa costituisca una controprestazione in una locazione d'opera, avente per oggetto i servizi medesimi, intercedente fra il debitore ed il terzo creditore; ma perchè, in tale rapporto, la prestazione dei servizi possa valere a estinguere il credito precedente come *datio in solutum*, anzichè come semplice adempimento, si deve ritenere che vi sia, con essa, una remissione del credito che deriva dalla prestazione dei servizi stessi: e la

56. — La teoria dell'atto giuridico da impugnare, una volta che esso si presupponga identificato, porta ora a stabilire quali atti giuridici abbiano da un punto di vista astratto l'idoneità a recar danno al creditore mediante una diminuzione di garanzie.

La revocabilità di un atto determinato deve essere considerata in relazione a vari caratteri, funzionali e strutturali, di esso.

Considero prima di tutto gli atti del debitore dal punto di vista della loro funzione. Alcuni di essi si sottraggono alla revoca in quanto anno la funzione sociale di provvedere a determinati interessi di carattere etico, e che perciò trascendono la sfera patrimoniale, anche nel caso che ad essi si riconnettano alcuni effetti patrimoniali.

Spesso si dice che non si possono colpire con la revoca gli atti relativi a quei diritti che l'art. 1234 definisce come «esclusivamente inerenti alla persona del debitore». È molto controverso quali siano i limiti di questa categoria, così laconicamente descritta nella legge (33); si può dire anzi che, finora, non si è avuta in argomento una dottrina soddisfacente. E forse si tratta di una di quelle categorie che *devono* essere definite solo imprecisamente, perchè la legge possa essere sempre adeguata al costume sociale: appunto per questa ragione riesce più facile elencare un certo numero di atti che si riferiscono a diritti inerenti alla persona, che determinare il criterio da cui si deduce questa inerenza.

In ogni caso, mi sembra si possa ancora osservare che, in tema di revoca, la questione si complica, in quanto la *ratio* dell'esclusione di certi atti dal campo d'azione del creditore è diversa nell'art. 1234 e nell'art. 1235. Il creditore che si surroga agisce in nome del debitore, e gli effetti della surrogatoria valgono come se fossero stati direttamente voluti dal debitore stesso; mentre gli effetti della revo-

---

remissione è l'atto impugnabile con la revoca. Tutto ciò sembra contrario alla funzione della *datio in solutum* ed alla realtà dei fatti. Sulla distinzione fra la compensazione e il pagamento anormale rispetto all'ipotesi in esame, cfr. MONTESSORI, *Compensazione e pagamento anormale dopo la cessazione dei pagamenti, Foro Lomb.*, 1938, I, 291.

(33) Cfr. sulla questione, a proposito della surrogatoria: D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 68 ss., p. 149 ss., e n. 124 ss., p. 260 ss., ed ivi bibliografia e casistica; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 904, p. 210 ss.. In tema di revocatoria, cfr. GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 83 ss., p. 152 ss.

ca colpiscono parzialmente le sole conseguenze patrimoniali di un atto di volontà del debitore, senza che ciò importi in alcun modo una sostituzione della volontà di un terzo a quella del debitore.

Si comprende allora, come, quando si tratti di diritti inerenti esclusivamente alla persona, non sia ammessa la sostituzione di un terzo al soggetto a cui essi si riferiscono, nel porre in essere un atto di volontà diretto a tutelarne la realizzazione. Viceversa nella revoca il creditore non si sostituisce al debitore nel chiedere che si verifichi un certo effetto giuridico; ma soltanto reagisce contro un atto che quell'effetto à determinato: e la reazione rimane limitata al campo del diritto patrimoniale.

Perciò, contro un insegnamento abbastanza diffuso (34), mi sembra che il rapporto d'inerenza dei diritti alla persona — comunque esso si debba definire — non importi esclusione della revocatoria contro gli atti di disposizione sugli accennati diritti.

Un esempio, altre volte ricordato, di questa diversità di principi fra le due azioni è dato proprio dalla legge a proposito di un diritto che è certo inerente alla persona: il diritto di chiedere la separazione della dote. Mentre è escluso che i creditori della moglie possano, senza il suo consenso, ad essa surrogarsi nell'esercizio di questo diritto (art. 203 c. c. l. I), essi possono invece impugnare la separazione fraudolenta (art. 204).

Tuttavia vi sono dei limiti alla revocabilità degli atti fraudolenti. In primo luogo, — è chiaro — l'atto deve avere carattere prevalentemente patrimoniale. Ciò porta ad escludere dalla revocabilità tutti i negozi e le sentenze relative a rapporti familiari; ivi le conseguenze patrimoniali, se sussistono, sono di carattere meramente accessorio rispetto all'interesse principale tutelato.

Non sono neppure revocabili gli atti a causa di morte. Finchè il debitore vive manca una disposizione attuale del patrimonio (35); dopo la morte del debitore la tutela dei creditori abbisogna di un congegno necessariamente diverso, che nella nostra legge è costituito specialmente dalla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 2054 ss. c. c.).

Al di fuori delle accennate limitazioni, tutti gli atti, qualunque sia l'interesse che proteggono, sono impugnabili con la revoca.

---

(34) GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 85 s., p. 155 s.

(35) GIORGI, *Note* su MAIERINI, p. 305.

La lettera stessa della legge indica che nella revocatoria ordinaria sono compresi — in quanto idonei a recar danno — tutti gli atti del debitore. Nella revocatoria fallimentare la indicazione di alcune categorie di atti nell'art. 708 c. co. à carattere puramente esemplificativo, e nell'art. 709 è fatta per riconnettere agli atti indicati una presunzione di frode, cioè per un effetto meramente processuale. Si è notato però come, secondo un'interpretazione autorevole ma poco fondata (36), degli atti posti in essere dopo la data della cessazione dei pagamenti sarebbero revocabili solo quelli indicati nell'art. 709: quelli non indicati in questo articolo non sarebbero revocabili nemmeno se si dimostrassero fraudolenti.

Anche in tema di revocatoria penale la legge fa riferimento a categorie di atti che sono, per altro, assai più ampie di quelle dell'art. 709. Mentre sono revocabili tutti gli atti a titolo gratuito compiuti dal colpevole prima del reato (quelli compiuti dopo sono senz'altro inefficaci, art. 192 c. p.), degli atti a titolo oneroso sono revocabili solo quelli eccedenti la semplice amministrazione o la gestione dell'ordinario commercio; tali atti, se compiuti dopo il reato, si presumono fatti in frode, art. 193. Ogni altro atto oneroso, sia pure fraudolento, sfugge alla revocatoria penale. La *ratio* della norma consiste evidentemente nella opportunità di non minare troppo la sicurezza della circolazione dei beni.

La classificazione degli atti nelle singole categorie previste nella revocatoria penale non solleva particolari questioni (37). Piuttosto è da osservare che il criterio adottato per limitare la quantità degli atti a titolo oneroso revocabili è assai discutibile; quella straordinarietà che poteva essere un grave indizio di frode è stata assunta addirittura a presupposto di revocabilità dell'atto, a parte la facilitazione di prova consistente nella presunzione.

57. — Anche l'efficacia giuridica di un atto di alienazione è rilevante agli effetti della revoca.

Se l'atto è nullo, il creditore deve opporre senz'altro la nullità — in quanto ciò sia possibile — anzichè chiedere che il giudice pro-

(36) Cfr. n. 5, testo e nota 15.

(37) Su queste categorie, N. Coviello, *Manuale* cit., § 102, p. 321 s.

nunci un'inefficacia dell'atto stesso, che è assorbita dalla nullità: nel caso di donazione fra coniugi il creditore non può agire in revocatoria, per far rientrare il bene nel patrimonio del donante.

Se invece si tratta di annullabilità, rispetto al creditore il negozio è pienamente valido — almeno prima dell'annullamento —, ed egli dovrà chiedere la pronuncia di quell'ulteriore forma d'inefficacia dell'atto che è la revoca, se non preferisce o non può surrogarsi nell'azione di annullamento.

Particolare interesse à la questione se il creditore possa impugnare con la revocatoria un atto simulato. Il problema presenta numerosi aspetti.

Nella pratica dei tribunali la distinzione fra frode e simulazione è ancora piuttosto incerta; ma la dottrina l'à ormai fissata in termini soddisfacenti, che qui mi limito ad accennare. Il negozio simulato è, secondo la formulazione più comune, un negozio in cui la volontà diverge dalla dichiarazione; mentre il negozio fraudolento è un negozio voluto realmente, a scopo di danneggiare i creditori (38). Ma la confusione della pratica à pure la sua ragione in ciò che frode e simulazione, nella normalità dei casi, si sovrappongono, e il più delle volte nella mente dei soggetti del negozio sono indifferenziate: la figura che più comunemente si incontra è la simulazione fraudolenta. Contro questa il creditore à la scelta fra l'azione di simulazione e l'azione revocatoria: anzi, si dice, può esercitare insieme l'una e, subordinatamente, l'altra (39). Questo insegnamento è nella sua sostanza giusto, ma deve essere precisato.

---

(38) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 27, p. 75 ss., ed ivi GIORGI, *Note*, p. 102 ss.; TARDUCCI, *L'azione di simulazione e l'azione revocatoria dal punto di vista della procedura*, *Arch. giur.*, XLIV, 1890, 184 ss.; N. COVIELLO, *Manuale* cit., § 118, p. 370 s.; C. 17.1.1939, Siciliano c. Rindone, *Sett. Cass.*, 1939, 259. Non sembra che a diversa conclusione si debba giungere anche accogliendo l'opinione di quella dottrina la quale nega che la simulazione costituisca un'ipotesi di divergenza fra dichiarazione e volontà (MESSINA, *La simulazione assoluta*, *Riv. dir. comm.*, 1907, I, n. 6, p. 500 s.; SEGRÉ, *In materia di simulazione nei negozi giuridici*, n. 3, *Temi emil.*, 1924, I, 865 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, p. 422 ss.; CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 515, p. 405 ss.).

(39) BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 25, p. 65 ss.; ID., *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, Torino, 1936, n. 93, p. 300 s.; C. 17.1.1939 cit. nella nota prec.; C. 11.3.1937, Liberi c. Castiglione, *Sett. Cass.*, 1937, 511; C. 30.4.1935, Berti c. Morandi, *Sett. Cass.*, 1935, 930.

La simulazione fraudolenta, come ogni specie di simulazione, può essere assoluta o relativa. Per quanto concerne la simulazione assoluta, si insegna comunemente, e credo che l'insegnamento sia esatto, che il terzo può sia opporre l'intervenuta simulazione, sia ignorarla e agire contro l'atto che appare voluto dalle parti: far revocare, ad esempio, una vendita che le parti ànno simulato allo scopo di sottrarre un bene ai creditori (40).

In tale caso il giudice revoca, rispetto ai terzi, un atto, che è nullo fra le parti. La prova della frode è normalmente assai più agevole che quella della simulazione. Se poi debitore e terzo o uno di essi eccepisce la simulazione assoluta, l'azione revocatoria del creditore diventa priva di interesse: la sentenza si ridurrà ad accertare che il bene non è uscito dal patrimonio del debitore.

Più complessa è l'ipotesi della simulazione relativa. Qui può il creditore limitarsi a chiedere la revoca dell'atto apparentemente voluto; ma è possibile che, provata la simulazione, chieda invece la revoca dell'atto dissimulato, nel quale, nella normalità delle ipotesi, i caratteri della frode sono più marcati, sia per la natura giuridica dell'atto, sia per i rapporti delle parti fra cui è intervenuto (nel caso che la simulazione relativa si sia qualificata come interposizione fittizia di persona).

Si è sopra notato come in questo caso al creditore si presenti il problema di identificare l'atto contro il quale deve essere diretta la revoca (cfr. n. 53).

Ma allo stesso modo che il creditore può opporre la simulazione relativa, per dimostrare che l'atto dispositivo, nonostante l'apparenza, è fraudolento, può colui che à acquistato dal debitore opporre al creditore agente in revocatoria la simulazione relativa per dimostrare che l'atto di alienazione, sebbene appaia fraudolento, in realtà è onesto? La questione si è recentemente presentata in occasione di una revocatoria fallimentare ex art. 709 n. 2 c. co., esercitata contro una vendita in cui si assumeva dall'acquirente una simulazione relativa consistente nell'occultamento, per ragioni fiscali, di una parte del prezzo. Contro l'insegnamento della Cassazione la quale, in base all'art. 1319,

(40) Sui poteri dei creditori di colui che aliena simulatamente, cfr. Messina, *Simulazione assoluta* cit., *Riv. dir. comm.*, 1908, I, n. 19, p. 19 ss.; F. Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5ª ed., Roma, 1922, n. 61 ss., p. 252 ss..

à ritenuto che l'acquirente non potesse provare la simulazione relativa nè con scrittura privata nè con altri mezzi (41), è stato dimostrato, con argomenti che qui non è il caso di riprodurre, che l'art. 1319 deve essere interpretato nel senso che esso importa inopponibilità della simulazione solo in confronto degli aventi causa che ànno una posizione giuridicamente dipendente dall'atto simulato: e tale non è certo quella dei creditori che agiscono in revocatoria (42).

58. — Si deve ora esaminare il problema della struttura qualitativa e quantitativa degli atti dispositivi del debitore, in relazione alla revocabilità. Allo scopo di orientarsi occorre procedere ad alcune distinzioni e raggruppare gli atti che possono essere revocati secondo certi caratteri comuni alle varie categorie.

In primo luogo è utile separare i comportamenti non negoziali dai negozi giuridici; e fra questi i negozi unilaterali, cioè quelli che sono posti in essere dalla sola volontà del debitore, dai bilaterali e plurilaterali, cioè quelli in cui, con la volontà del debitore, concorre anche la volontà di un'altra o più parti.

Gli atti bilaterali, e specialmente i contratti, in quanto sono nel nostro ordinamento lo strumento giuridico principale della circolazione dei beni, più frequentemente servono ad attuare la frode ai creditori. Una distinzione fra questa massa di fenomeni giuridici allo scopo di determinare il contenuto dell'attività del debitore e la sua idoneità ad arrecare danno al creditore, è necessaria; ma non può servire quella data dalla legge nello stesso art. 1235 fra atti a titolo gratuito ed atti a titolo oneroso, perchè questa si riferisce esclusivamente al requisito della malafede del terzo; e quindi viene in considerazione in altra sede (cfr. n. 68 ss.).

Si può cominciare invece col distinguere gli accordi dagli atti che ànno carattere contrattuale. Fra i primi riveste particolare importanza la divisione. Fra i secondi occorrono delle suddistinzioni, che possono essere fondate sul contenuto della prestazione del debitore. Si può ricorrere anche qui alla distinzione fra i contratti, se-

---

(41) C. 3.3.1939, Mezzano c. Viganego, *Foro it.*, 1939, I, 627, *Riv. dir. comm.*, 1939, II, 313.

(42) Santoro-Passarelli, *Limite di opponibilità della simulazione*, *Riv. dir. comm.*, 1939, II, 313 ss., spec. n. 3 s.

condo che il debitore sia tenuto ad un *dare,* un *facere* o un *praestare* (intesa questa espressione nel senso etimologico di garantire): mi sembra che questa partizione tradizionale, sebbene empirica, sia quella che risponde meglio allo scopo di questa indagine.

Infine accanto alla struttura qualitativa degli atti revocabili, si deve considerare la loro struttura quantitativa; stabilire cioè quale reazione sia concessa ai creditori contro atti che per sè non comprendono tutta la fattispecie da cui deriva un'attribuzione patrimoniale: mi riferisco rispettivamente ai casi del pagamento di un'obbligazione per ipotesi non impugnabile con la revoca, ed all'assunzione dell'obbligazione, per ipotesi non ancora adempiuta.

59. — Iniziando l'esame degli atti dal punto di vista della loro struttura qualitativa, è da determinare quale debba essere il contenuto volitivo di un atto, perchè esso possa essere soggetto a revoca.

In primo luogo, il problema si pone per le omissioni. Omissione, come comportamento dell'agente in senso giuridico, è bene ricordarlo, non significa pura e semplice inattività; ma inattività in una occasione in cui era da attendersi, come normale o come comandato, un determinato comportamento positivo: un *non facere* che dipenda da una speciale decisione (43). Si ricordano come esempi di omissioni, intese in questo senso, il lasciar compiere una prescrizione, la contumacia in un giudizio. Invece si dice che non è omissione il non aver accettato una donazione, e in genere l'aver trascurato di conseguire un arricchimento (44).

Per vedere entro che limite si possa reagire con la revocatoria contro un'omissione, bisogna tener presente che la legge in genere

---

(43) Seuffert, *Deutsches Konkursprozessrecht,* Lipsia, 1899, § 35, p. 203; Jaeger, *Gläubigeranfechtung* cit., § 1, nota 38; Cosack, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht,* Stoccarda, 1884, p. 48; Niemoller, *Begriff der Rechtshandlung im § 29 Ko.,* Heidelberg, 1910, p. 10 ss.. Sul concetto generale dell'omissione come azione, cfr. Mezger, *Diritto penale* cit., § 16, p. 151 ss.. Diversamente: Vannini, *I reati commissivi mediante omissione,* Roma, 1916, n. 12, p. 24. E per il diritto romano, Solazzi, *Revoca* cit., p. 107 s..

(44) Cfr. perspicuamente Planiol, Ripert e Esmein, *Obligations,* II, in Planiol e Ripert, *Traité* cit., VII, n. 939, p. 244; *contra*: Aubry e Rau, *Cours* cit., IV, § 313, nota 16, e buona parte della dottrina francese, ivi citata.

riferisce la revoca ad atti del debitore che determinano spostamenti patrimoniali, che esigono quindi una dichiarazione di volontà (art. 1235 c. c., 708, 709 c. co., 194 c. p., 680, 949 c. c.). Ora una mera omissione, se anche può essere il contenuto materiale di un illecito, non può mai entrare nella fattispecie dell'alienazione fraudolenta, perchè non può mai valere come dichiarazione di volontà o, quanto meno, perchè non può in sè determinare uno spostamento patrimoniale.

Se anche l'omissione produce un *eventus damni*, essa manca di quell'effetto dispositivo, che è necessario presupposto della revoca. Se il debitore non à agito quando doveva agire, sarà aperto il campo all'attività surrogatoria del creditore, non alla revoca (45): non si può rendere inefficace un'omissione come tale, ma si può solo sostituire ad essa qualche cosa di diverso.

Tuttavia, rispetto alla revoca, un'omissione può essere rilevante quando l'atto impugnabile non sia l'atto stesso del debitore, ma sia, per finzione di legge, un atto di un terzo, e, per le ipotesi che interessano la legge italiana, un atto giudiziale. Allora il comportamento può consistere anche in un'omissione: e questo è il caso della contumacia fraudolenta e della mancata opposizione di eccezioni dirimenti, ipotesi che indiscutibilmente possono dar luogo all'esperibilità dell'opposizione revocatoria ex art. 512 c. p. c., o alla domanda di revoca dell'ipoteca giudiziale ex art. 709 c. co. e 9, 2° comma, l. 1930 sul fallimento.

Impropriamente invece si è parlato di *omissio adquirendi* in certi casi in cui il debitore dismette un diritto già a lui acquisito, anche se non in forma definitiva. Tale, ad esempio, è il caso della rinuncia ad un'eredità: la rinuncia ereditaria è un atto giuridico che determina non già il non verificarsi di un acquisto, ma la perdita di un acquisto già verificatosi, anche se non in forma definitiva; e perciò contro tale rinuncia è ammessa la revocatoria (art. 949). Il fatto che in certi casi sia difficile distinguere fra inerzia e rinuncia — tanto che anche la legge stessa talora confonde (es. art. 2112, v. n. 12) — non deve impe-

---

(45) BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 407 nota 3, p. 849, ed ivi letteratura tedesca; GIORGI, *Note* su MAIERINI, *Revoca* cit., p. 154 ss.; SIMONCELLI, *Note critiche* cit., p. 364 s.. *Contra*: MAIERINI, *Revoca* cit., n. 37, p. 129, ma senza motivare; BREZZO, *Revoca* cit., n. 171, p. 342 s.

dire di tener bene distinte le due ipotesi. Su questo punto la dottrina è ormai consolidata, e non è il caso di fare più lungo discorso.

Per la medesima ragione che fa ritenere non revocabili le vere e proprie *omissiones adquirendi*, si deve negare la revocabilità degli atti materiali, o operazioni giuridiche: anche qui ci si trova di fronte ad un'attività del debitore che può portare come conseguenza un *eventus damni* (si pensi al caso che il debitore distrugga la cosa propria) ma che, per la sua struttura, non può essere oggetto di revoca. Il peggio è che questa pericolosa forma di attività di massima non conosce sanzione nel nostro diritto (46).

60. — Nell'ambito degli atti unilaterali che possono essere oggetto di revoca, assume un particolare rilievo la rinuncia, e cioè quel negozio giuridico con cui un soggetto dismette puramente e semplicemente un diritto soggettivo. Non si tratta di un'alienazione vera e propria (47), ma sì di una diminuzione di garanzie patrimoniali in conseguenza di un atto giuridico: perciò la revoca è possibile.

Mentre la legge francese contiene varie disposizioni in tema di revoca della rinuncia, la legge italiana à solo l'art. 949, sulla rinuncia all'eredità; ma non può esser dubbia la revocabilità di questo atto giuridico in generale (48). In particolare è revocabile quella speciale forma di rinuncia che è la rimessione del debito (49).

E' stato osservato altrove come la sussistenza di una rinuncia non faccia venir meno la necessità di provare che vi è stato *consilium fraudis*: ciò vale in ispecie per quanto riguarda l'art. 949, che, sotto questo aspetto, corrisponde pienamente all'art. 1235 (cfr. n. 24).

---

(46) Tuttavia è da ricordare la sanzione penale che colpisce il « possessore o detentore che distrugga, deteriori o guasti l'autoveicolo, oggetto del privilegio » (art. 8, r. d.-l. 15-3-1927, n. 436). Inoltre la distruzione di una cosa può essere « fatto fraudolento » a sensi dell'art. 388 c. p.

(47) Sul rapporto fra alienazione e rinunzia, cfr. FADDA e BENSA, *Note* cit., IV, p. 379 ss.

(48) Così, ad esempio, si è ritenuta ammissibile la revoca della rinuncia al diritto di riscatto: A. Palermo, 20.7.1934, Marzullo c. Dolce, *Giur. it.*, 1934, I, 2, 542.

(49) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 30, p. 109 s.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 196, p. 410; n. 212, p. 443 s.

Oltre alle questioni della natura del rimedio previsto e della necessità della frode, l'art. 949 non presenta difficoltà.

Si è discusso se esso sia applicabile alla rinuncia al legato. Questo problema, una volta che si ritiene che per la revoca della rinuncia occorre la frode, à scarsa importanza. Di fatti, se è vero che alla rinuncia al legato si applicano, nel silenzio della legge, le norme di diritto comune, l'art. 949 sarà applicabile a tale negozio in quanto esso corrisponde al disposto dell'art. 1235; non in quanto richiede l'autorizzazione giudiziale all'accettazione — esigenza derivante dalla speciale natura della successione a titolo universale e dal modo di acquisto dell'eredità (50).

Degli altri atti unilaterali, quello che più spesso si ricorda come revocabile è l'accettazione dell'eredità. La revoca opera, s'intende, solo a favore dei creditori dell'erede, non a favore di quelli del *de cuius*, e in quanto l'eredità sia passiva (51).

Lo stesso deve dirsi dell'accettazione del legato, in quanto il legatario può essere tenuto ad adempiere un onere o a pagare altri legati anche *ultra vires* di quanto riceve (52).

61. — Secondo l'art. 680 c. c., si può revocare una divisione consumata in frode ai diritti dei creditori. Questa norma à una ragione storica che si è già spiegata (*supra*, n. 5); ma essa è utile a eliminare il dubbio, che, riconosciuta la natura meramente dichiarativa e non traslativa della divisione, questo negozio, appunto per ciò, non possa recare danno ai creditori.

In realtà attraverso un atto, qual'è la divisione, che non importa alienazione, si può frodare in più modi il creditore: così al debitore può essere assegnata una quota composta di beni difficilmente ap-

---

(50) POLACCO, *Successioni* cit., II, p. 408 ss.; GANGI, *Legati* cit., I, n. 190 ss., p. 317 ss. ed ivi giurisprudenza. *Contra*: BREZZO, *Revoca* cit., n. 219, p. 459, che parla di applicazione analogica, argomentando dall'art. 891 c. c. (?); DEGNI, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Padova, 1937, p. 83 s.; VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2ª ed., Torino, 1931-1936, I, n. 101, p. 325 nota 3. Il progetto definitivo del terzo libro del codice civile risolve la questione all'art. 247: « La rinuncia è revocabile a istanza dei creditori del legatario se fatta in frode dei loro diritti ».

(51) POLACCO, *Successioni* cit., II, p. 135 ss.; MAIERINI, *Revoca* cit., n. 38, p. 131; G. SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 34.

(52) GANGI, *Legati* cit., I, n. 194, p. 321 s. nota 4; II, n. 382 s., p. 366 s.

prensibili, oppure aventi un valore inferiore a quello che gli spetterebbe (53). Risponde all'ambito dell'istituto della divisione l'insegnamento che l'art. 680 è applicabile alla divisione relativa ad ogni specie di comunione (54).

62. — I contratti che ànno per oggetto un *dare*, o, come dice l'art. 1125, la traslazione della proprietà o di un altro diritto, rappresentano una categoria molto ampia: in essi si possono ricordare, come revocabili, la vendita, la permuta, la donazione, la costituzione di usufrutto e di servitù, l'enfiteusi perpetua, la cessione di credito *pro soluto* e *pro solvendo*, ed altri ancora. Se gli atti aventi per oggetto della prestazione un *dare* sono a titolo gratuito, il danno patrimoniale che essi possono recare è quello derivante dalla sottrazione di un bene dal patrimonio; se sono invece a titolo oneroso, il danno può consistere non solo nella differenza in meno di valore della controprestazione del terzo, ma anche nella minore apprensibilità del nuovo bene in sede di esecuzione.

Un cenno speciale merita il mutuo. Esso può determinare un *eventus damni* in varie forme; in primo luogo il mutuatario può trovarsi in una difficile situazione economica, in modo che vi sia pericolo che la somma mutuata non sia restituita alla scadenza; poi il denaro, finchè è a mutuo, non può essere appreso in sede di esecuzione; infine, se il mutuo è gratuito, vengono meno anche i frutti.

Qui si deve considerare anche la questione se il primo acquirente possa agire in revocatoria contro un secondo acquirente dello stesso bene, che à trascritto prima di lui.

Certamente non si può riconoscere al primo acquirente, in presenza della mala fede del solo terzo nel trascrivere il suo acquisto, e indipendentemente dalla prova di un *eventus damni*, il diritto di chiedere l'annullamento del secondo contratto come fraudolento, a tu-

---

(53) PLANIOL, RIPERT, MAURY e VIALLETON, *Successions*, in *Traité* cit., IV, n. 538, p. 637 s.; COVIELLO, *Successioni, parte generale* cit., p. 536 s.; e, più diffusamente F. S. BIANCHI, *Corso* cit., IX, parte III, n. 94, p. 1089 ss.

(54) C. Sez. Un. 22.7.1938, Cattabiani c. Leoncino, *Giur. it.*, 1939, I, 1, 197. La stessa soluzione sembra dover valere in tema di scioglimento della società civile; *contra*, con riferimento all'art. 882 c. c. franc., NAST, *Nota* in *Dalloz périodique*, 1933, II, 99, ed ivi dottrina francese, che è divisa sulla questione.

tela del diritto acquisito sull'immobile (55). Non solo questa opinione disconosce lo scopo della trascrizione, che è quello di dare un criterio obbiettivo di preferenza fra più acquirenti successivi di un medesimo bene; ma è contraria alla funzione della revoca, che è tutela del solo diritto di garanzia e non del diritto reale (secondo questa teoria il primo acquirente diverrebbe nuovamente proprietario del bene).

Oggi prevale in dottrina e giurisprudenza l'opinione che, nella specie, la revoca è ammissibile solo quando con la seconda alienazione — indiscutibilmente valida come tale in confronto della prima — si è sottratta al primo acquirente anche la possibilità di poter ottenere il risarcimento dei danni; o, in altri termini, quando la cosa alienata era non solo la *res debita*, ma anche il solo oggetto della garanzia (56).

Secondo un'altra opinione, invece, la revoca non sarebbe ammissibile in nessun caso (57). A sostegno di questo assunto, si è detto

---

(55) Di questa opinione, oltre ad una vecchia giurisprudenza, sono: Luzzati, *Della trascrizione*, 4ª ed., Torino, 1901, n. 101 ss., p. 95 ss.; Maierini, *Revoca* cit., n. 38, p. 129; Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, n. 235, p. 448; ed ora anche Carnelutti, *Sistema* cit., I, n. 339, p. 848, affermando che la revocatoria è concessa anche nell'ipotesi che nel patrimonio del debitore non esista più la *res debita*, quando vi siano i presupposti del processo di rilascio, e cioè anche « al creditore di cosa determinata quando per virtù della alienazione egli non riuscirebbe ad ottenerne la consegna ».

(56) C. 12.5.1936, Migliardi c. Rovea, *Sett. Cass.*, 1936, 782; C. 20.1.1934, Farese c. De Longis, *Foro Lomb.*, 1934, I, 537; C. S. U. 22.12.1930, Morrone c. Giordano, *Foro it.*, 1931, I, 1. In dottrina: N. Coviello, *Trascrizione* cit., I, n. 176, p. 413 ss.; Brezzo, *Revoca* cit., n. 95, p. 155 ss.; Conforti, *Trascrizione e revocabilità di alienazioni fraudolente*, *Giur. it.*, 1930, I, 1, 245; Giovene, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2ª ed., Torino, 1917, n. 70, p. 307 s. nota 2. Lo stesso principio la Cassazione (sent. 21.1.1937, Sarlo c. Angelini, *Foro it.*, 1937, I, 1112) à affermato nel caso di vendita dell'immobile in frode dei diritti di colui a cui l'immobile stesso era stato promesso in vendita.

(57) Butera, *Azione pauliana e trascrizione*, *Giur. it.*, 1929, I, 1, 246; id., *L'effetto restitutorio dell'azione revocatoria in rapporto alla trascrizione*, *Foro it.*, 1930, I, 379; Di Blasi, *In tema di azione pauliana*, *Giur. it.*, 1930, IV, 101; id., *Ancora in tema di azione pauliana*, *Giur. it.*, 1931, I, 1, 11; Montel, *In tema di azione pauliana*, *Ann. dir. comp.*, VIII (1933), parte III, p. 156 ss.; id., *L'azione pauliana dell'acquirente senza titolo trascritto contro il successivo compratore con titolo trascritto*, *Giur. tor.*, 1935, 617.

che « sembra strano che una vendita inesistente ed improduttiva di effetti giuridici nei riguardi del compratore trascrivente (art. 1942, cod. civ.), possa tuttavia aver l'effetto di far rientrare l'immobile acquistato nella massa dei beni sui quali il primo compratore può soddisfare il suo credito » (58). Si risponde che la prima vendita non trascritta in tempo è improduttiva dell'effetto, ad essa normale, di trasferire la proprietà; ma non per ciò il creditore deve essere sfornito, di fronte al secondo acquirente che à trascritto per primo, della comune garanzia che la legge accorda al credito.

Si è detto ancora che mancano i presupposti della revoca, perchè manca l'anteriorità del credito, in quanto nel caso il credito sorgerebbe solo al momento in cui è effettuata la trascrizione, e perchè manca l'uscita di un bene dal patrimonio del debitore, che — secondo questa teoria — nella specie contrarrebbe un semplice vincolo obbligatorio avente per contenuto il trapasso della proprietà (59).

Questa è certo un'obbiezione grave, se si ritiene, con la dottrina dominante, che il consenso sia sufficiente a determinare il passaggio del diritto di proprietà; ma è obbiezione irrilevante ove si creda, come mi sembra giusto, che il semplice consenso non determini il trasferimento della proprietà nemmeno fra le parti, dovendosi interpretare il disposto dell'art. 1448, che parla appunto di vendita perfetta fra le parti, come attributivo non del diritto reale *erga omnes,* ma semplicemente dell'azione di esecuzione forzata in forma specifica a favore dell'acquirente. Non essendo possibile prendere qui in esame il complesso problema dell'efficacia della prestazione del consenso nei negozi traslativi di proprietà e, corrispondentemente, dell'efficacia della trascrizione, mi limito ad osservare come la soluzione della questione qui considerata dipenda da quella che si dà al detto problema (60). Certo però la tesi che sopra si è sommariamente criticata e che si sente come profondamente ingiusta, è un argomento contro l'opinione comune sulla pretesa sufficienza del consenso per il trapasso della proprietà.

---

(58) Montel, *In tema di azione pauliana* cit., p. 159.

(59) Montel, scritto ult. cit., l. cit.

(60) Mi limito, in questa sede, a rinviare alla dimostrazione che della tesi accolta nel testo dà il Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione,* Padova, 1933, n. 27 s., p. 85 ss..

63. — Dei contratti che ànno per oggetto un *facere*, interessano la revoca solo quelli in cui il *facere* consiste nel consentire il godimento temporaneo di una cosa; se invece esso à un contenuto economico diverso — come ad esempio nel caso della prestazione di opere o di un consenso (61) — non si può dare lesione del diritto di garanzia dei creditori, e perciò non vi può essere questione di revoca.

Un particolare esame merita l'ipotesi della locazione fraudolenta di cosa. Questo contratto non determina una perdita di garanzia, perchè non fa uscire la cosa dal patrimonio del debitore; ma può determinare una diminuzione di garanzia. Infatti, se la locazione non è opponibile, i creditori non subiscono alcun danno. Se invece la locazione è opponibile all'aggiudicatario, nella vendita giudiziale della cosa si realizzerebbe un prezzo minore di quello che si realizzerebbe se il bene fosse libero.

Ora, se la locazione fosse opponibile all'aggiudicatario della cosa locata in una vendita forzata allo stesso modo che è opponibile al compratore in una vendita volontaria (art. 1597), il debitore esecutato potrebbe facilmente danneggiare i creditori, stipulando locazioni per un canone inferiore al giusto, le quali determinerebbero, se conosciute dall'acquirente, offerte più basse; o altrimenti danneggiare l'aggiudicatario, quando questi ignorasse l'esistenza della locazione: ipotesi assai frequente, non essendo richiesta la trascrizione della locazione, se non nel caso di durata ultranovennale (art. 1932 n. 5).

Per ovviare a questi pericoli, l'art. 687 c. p., dopo aver detto che la locazione è opponibile anche all'aggiudicatario nella vendita immobiliare, purchè abbia «data certa anteriore alla notificazione del precetto» (62), aggiunge che «la locazione [*scilicet* avente data certa anteriore alla notificazione del precetto] non è mantenuta se sia stata fatta in frode» (63).

---

(61) Così si ritiene irrevocabile la promessa di vendita: da ultimo, A. Bologna 24.1.1939, Parenti c. Lombardi, *Temi emil.*, 1939, II, 81.

(62) Qui è da domandarsi perchè la legge parli di data anteriore a quella della notificazione e non della trascrizione del precetto: credo che questa antecipazione di data sia ragionevole, in quanto è diretta a prevenire possibili frodi. *Contra*: CARNELUTTI, *Processo di esecuzione* cit., II, n. 374, p. 387.

(63) All'art. 687 c. p. c. corrisponde nel progetto definitivo del nuovo codice l'art. 531, che non reca modifiche rilevanti.

E' questione se, secondo questa norma, la frode dia luogo ad una revocatoria. Credo, risolvendo un dubbio proposto all'inizio di questo studio (n. 11) che, sebbene l'art. 687 sia regola di assai difficile interpretazione, la risposta debba essere in sostanza affermativa, riguardo ai creditori che promuovono l'esecuzione (64).

Questi sanno che sussiste la locazione, e che essa potrebbe determinare un ribasso nelle offerte da parte di eventuali acquirenti. Perciò nella citazione per l'autorizzazione a vendere, insieme alle condizioni della vendita (art. 665 c. p. c.), essi potranno chiedere che, colla sentenza che autorizza la vendita, sia dichiarata inefficace la locazione fraudolenta (65).

La prova della frode è, come al solito, libera, ma vi è anche un caso, indicato appunto nell'art. 687, in cui essa è vincolata. Prova legale: ciò non significa che la frode sia sempre presunta *iuris et de iure,* ma che, in quanto il creditore abbia provato che il canone stipulato nel contratto impugnato è inferiore di un terzo a quello determinato da perizia o a quello fissato in locazioni precedenti, il giudice deve ritenere senz'altro sussistente la frode (66).

La pronuncia dell'inefficacia delle locazioni concesse in frode dal debitore si deve considerare come una delle condizioni di vendita; ed esattamente il regime delle locazioni è considerato dalla legge nell'ambito degli effetti della sentenza di vendita in genere (art. 686-687 c. p. c.).

Secondo la ricordata dottrina e giurisprudenza, alla domanda di inefficacia delle locazioni fraudolente ex art. 687 è legittimato invece

---

(64) L'opinione dominante, che però attribuisce l'azione al solo aggiudicatario, è in senso contrario: MAIERINI, *Revoca* cit., n. 70, p. 260 s.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata* cit., n. 86, p. 349 ss.; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione* cit., II, n. 374, p. 388 s.; A. Milano 29.12.1936, Giambelli c. Antona, *Rep. Foro it.,* 1937, 617 H; C. 19.12.1934, Leuzzi c. Capoferro, *Sett. Cass.,* 1935, 150.

(65) Ciò presuppone che sia riconosciuta alla sentenza di autorizzazione della vendita un carattere giurisdizionale. In questo senso: SATTA, *Esecuzione forzata* cit., n. 113, p. 314 ss..

(66) La giurisprudenza parla sempre di una presunzione assoluta. Anzi, vede spesso proprio in questo punto la principale differenza tra l'art. 687 e l'art. 1235. Cfr. A. Catanzaro 7.1.1937, D'Elia c. Palumbo, *Rep. Foro it.,* 1937, 618 B; A. Torino 6.11.1936, Bisio c. Oddicini, *Giur. tor.,* 1937, 140; A. Milano 29.12.1936, Giambelli c. Antona, *Rep. Foro it.,* 1937, 617 H; C. 18.11.1933, Di Matteo c. Di Dato, *Foro it.,* 1934, I, 412.

solo l'aggiudicatario, il quale anzi potrebbe agire in qualsiasi momento. Non so intendere la ragione di questa limitazione: a mio avviso legittimato è *anche* l'aggiudicatario.

Certo, riguardo all'aggiudicatario non si può parlare di revocatoria: egli non è creditore, e perciò non è titolare di un diritto di garanzia. Rispetto a lui la frode del debitore esecutato si può configurare soltanto come un illecito di carattere extracontrattuale. Non è raro che un medesimo atto costituisca un illecito contrattuale rispetto ad un soggetto e un illecito extracontrattuale rispetto ad un altro.

64. — Il problema della revocabilità delle costituzioni di garanzia si pone in termini diversi per le garanzie personali e per le garanzie reali. Le prime in sostanza non sono che assunzioni di obbligazioni (67), e con queste devono essere considerate (cfr. n. 67).

Le seconde invece meritano uno speciale esame sia in rapporto alla revoca ordinaria che alla revoca fallimentare, per cui vi sono delle norme espresse.

Poichè la concessione di una garanzia è un negozio accessorio il quale segue le vicende del negozio principale, dichiarato questo inefficace come fraudolento, deve considerarsi inefficace anche la concessione di garanzia ad esso congiunta.

Quando, invece, non viene in discussione la validità dell'atto principale, se non si può oggi dubitare che la concessione di una garanzia è revocabile, si tratta di stabilire i limiti della revocabilità.

Per quanto riguarda la revocatoria ordinaria, la dottrina giustamente distingue: se la garanzia reale è prestata per un debito già scaduto, la revoca non è ammessa, poichè il creditore, accontentandosi della garanzia, consegue qualche cosa di meno del pagamento dovuto; se è prestata invece per un debito non ancora scaduto, bisogna distinguere ancora fra l'ipotesi che la concessione di garanzia sia contestuale al nascere del credito, e quella che manchi la contestualità. Se vi è contestualità è difficile ammettere la revoca, perchè il credito è sorto in quanto è connesso ad una garanzia (68). La revoca è invece certamente possibile se la contestualità manchi.

(67) Bo, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria* cit., n. 4, p. 18 ss.

(68) Bonelli, *Fallimento* cit., I, n. 409, p. 858 s.. Nello stesso senso, ma

È appena il caso di ricordare, contro una vecchia dottrina (69), che la revoca non è mai ammissibile contro l'iscrizione d'ipoteca effettuata da un creditore il quale si sia procurato con mezzi fraudolenti la preferenza rispetto ad un altro creditore: così da chi, avendo ricevuto da un creditore il mandato di iscrivere un'ipoteca, ritardi l'iscrizione stessa allo scopo di poter iscrivere prima un'ipoteca a proprio favore, costituita nel frattempo. In questo caso la revoca non è ammissibile, neanche se il debitore fosse partecipe della frode (70); poichè manca un rapporto di obbligazione, e perciò di garanzia, fra il primo ed il secondo creditore, che riesce a iscrivere per primo; e, d'altra parte, il debitore, il quale, avendo concesso un'ipoteca (che si deve supporre non impugnabile come indebita costituzione di garanzia specifica), sa che tale ipoteca sarà iscritta con frode prima di un'altra, non viola il diritto di garanzia generica del primo creditore, perchè l'iscrizione dell'ipoteca è un atto del terzo ed è per di più un atto che non determina in sè e per sè una diminuzione patrimoniale.

Nella revoca fallimentare di cui all'art. 709 la legge considera l'atto di concessione di garanzia sui beni del debitore come inducente una presunzione legale relativa che l'atto stesso sia stato fatto in frode (art. 709 n. 4). Tuttavia tale presunzione à luogo, a norma dell'art. 9, 2° comma, l. 1930 sul fallimento, soltanto in quanto si tratti di pegni e di ipoteche costituiti non contestualmente al credito.

Per le anticresi, menzionate nell'art. 709 e non nell'art. 9 della legge citata, è da ritenere che la presunzione di frode colpisca anche quelle non contestuali. Giustamente fu osservato, a proposito della anticresi, che la nostra legge à accomunato questa garanzia a quelle reali, sulle orme dell'art. 446, u. c., c. c. franc., senza tener

---

con formulazioni meno precise, MAIERINI, *Revoca* cit., n. 72, p. 267 ss.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 245 ss., p. 519 ss.; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 935, p. 239. Per la revocabilità a sensi dell'art. 1235 delle ipoteche non contestuali, C. 24.6.1938, Casalino c. Piccione, *Sett. Cass.*, 1939, 1145; C. 10.7.1933, Nitrini c. Fall. Soc. Coop. edile carrarese, *Foro it.*, 1934, I, 429; C. 25.4.1930, Armenti c. Ferretti, *Giur. it.*, 1930, I, 1, 884.

(69) PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, 6ª, 7ª e 8ª ed., Torino, 1930, I, n. 174, p. 394 s.; E. BIANCHI, *Delle ipoteche*, 2ª ed., Torino, II, n. 366, p. 90 ss.. Nel senso del testo L. COVIELLO, *Ipoteche* cit., p. 195 ss..

(70) Invece il COVIELLO, op. l. cit., in questo caso ammette la revoca.

presente che nella nostra legge (art. 1897), diversamente da quella francese (almeno secondo l'opinione dominante), l'anticresi non à carattere reale (71).

Quanto alle ipoteche, la legge 1930, risolvendo una questione in precedenza lungamente discussa, dichiara che la presunzione di frode si applica alle ipoteche giudiziali (art. 1970).

Due sono i problemi principali che riguardano l'art. 709 n. 4 in rapporto coll'art. 9 della citata legge del 1930: primo, che cosa si intenda per contestualità; secondo, come si determini il momento della frode nel caso dell'ipoteca giudiziale. Del secondo punto si è già detto (n. 54); qui deve essere discusso soltanto il primo di questi problemi.

La Corte di Cassazione à felicemente definito la nozione di contestualità, adeguandola con precisione alle finalità della legge (72): la contestualità deriva da una «unica e originaria volontà comune contrattuale, per cui debito e garanzia dovessero sorgere contemporaneamente e con incondizionata interdipendenza»; non si à invece contestualità quando la garanzia è costituita con contratto successivo, oppure quando, pur essendo stata prevista dalle parti al momento della costituzione del debito, non venga immediatamente attuata con apposito negozio (73). Così è opportunamente superata quell'interpretazione angusta che fonda la contestualità sull'unità

---

(71) Bonelli, *Fallimento* cit., I, n. 440, p. 941 s., ed ivi altre osservazioni sull'anticresi in rapporto all'art. 709.

(72) E' noto che, prima della ricordata legge del 1930 sul fallimento, rifiutandosi la giurisprudenza dominante, contro la prevalente dottrina, di escludere dalla presunzione di frode le garanzie anche contestuali, ne veniva un grave danno al credito, come è abitualmente esercitato dai grandi istituti bancari. Ciò determinò l'intervento del legislatore.

(73) Il passo riprodotto e le altre osservazioni successive nella sent. C. 13.3.1935, Piraino c. Fall. Gristina, *Foro it.*, 1935, I, 669. Nello stesso senso: C. 31..1.1938, Banca Finaldi Ruocco c. Fall. De Sena, *Mass. Foro it.*, 1938, 61; C. 5.5.1936, Accolti c. Cianchi, *Foro it.*, 1936, I, 909; C. 31.1.1933, Fall. Lo Verso c. Grosso, *Sett. Cass.*, 1933, 377; A. Brescia 12.1.1938, Fall. Comiani c. Facchè, *Foro it.*, 1938, I, 1344. Similmente è stato deciso che la semplice promessa di concedere ipoteca, fatta in epoca non sospetta, non basta a salvare l'ipoteca costituita in periodo di cessazione dei pagamenti: C. 25.2.1931, Min. Comunicaz. c. Giannini, *Sett. Cass.*, 1931, 660. La medesima nozione di contestualità è accolta oggi dalla dottrina dominante: cfr. Navarrini, *Fallimento* cit., I, n. 261, p. 320 s.

formale della fonte probatoria e costitutiva del negozio principale e di quello di garanzia (74); e, mentre è consentito di ritenere sussistente la contestualità anche quando manchi quell'unità, d'altra parte non ci si accontenta di una semplice coincidenza cronologica dei due negozi.

65. — Si discute in genere di revocabilità dei pagamenti di somme di denaro. Più correttamente la questione si deve porre per ogni adempimento di un'obbligazione, che importi disposizione di un bene costituente garanzia patrimoniale.

Adempimento da parte del debitore, s'intende, e non adempimento di un terzo verso il debitore: questo è sempre e indiscutibilmente lecito. Ciò è stato opportunamente rilevato di recente dalla Cassazione, a proposito della revocatoria fallimentare di cui all'art. 709, osservandosi che il dovere giuridico di rispettare la c. d. *par condicio creditorum* è proprio del debitore o, se si vuole, dei creditori fra loro; il terzo — nota la Corte — «che intervenga con una propria attività, sia pure consapevolmente, nella violazione di tale dovere, ove detta attività non sia per altro titolo fonte di responsabilità, non può essere tenuto responsabile in base al precetto generale *neminem laedere*, perchè le obbligazioni contrattuali o legali, anche sotto il profilo degli effetti della relativa violazione, non affettano che la sfera giuridica e il patrimonio dell'obbligato designato; e il concetto di una complicità del terzo nella inadempienza dell'obbligato è estraneo al vigente ordinamento giuridico» (75).

Inoltre, perchè la questione sorga, deve trattarsi dell'adempimento di un'obbligazione propria del debitore e non dell'adempimento, da parte del debitore, di un'obbligazione altrui. Questo atto, comunque sia effettuato, rappresenta in ogni caso — rispetto al terzo che adempie e rispetto ai creditori — un atto libero di disposizione patrimoniale.

Inoltre si deve presupporre che l'obbligazione, del cui adempimento si tratta, sia per ipotesi non fraudolenta; o, almeno, non di-

---

(74) Esempio di questa corrente interpretativa in A. Palermo 19.2.1934, Piraino c. Fall. Gristina, *Foro it.*, 1934, I, 1340, cassata con la decisione ricordata nella nota precedente.

(75) C. 11.5.1938, S. A. Immobiliare Bonum c. Fall. Calegnani, *Sett. Cass.* 1938, 926; Bonelli, *Fallimento* cit., n. 408, p. 855.

chiarata tale; altrimenti la revoca del negozio che l'à costituita, come si vedrà, si riflette necessariamente sull'adempimento stesso.

Quale sia la fonte dell'obbligazione non à rilevanza (76).

Se è evidente che il porre in essere un atto normalmente lecito, e cioè un atto di solito compreso nella sfera di libertà di un individuo, può costituire in determinati casi *iniuria* rispetto ad un diritto altrui, ed essere perciò l'elemento materiale di un illecito (nel diritto penale vi sono moltissimi esempi di questa situazione), è meno ovvio che un atto non libero, ma giuridicamente dovuto, possa costituire una *iniuria*. In questo caso una norma vieta ed un'altra comanda un certo atto; o, da altro punto di vista, un soggetto à diritto che l'atto si faccia, ed un altro à diritto che l'atto non si faccia: e vi è perciò un conflitto fra due diritti soggettivi concorrenti, che deve essere in qualche modo regolato. Tale è il problema della revocabilità del pagamento.

Entro che limiti ne è ammessa la revoca? Esaminando i testi della legge, si trova che, mentre l'art. 1235 nella sua formula generica non dà alcuna indicazione, l'art. 708 accenna esplicitamente ai pagamenti, e l'art. 709 fa dipendere dall'anormalità di un pagamento la presunzione di frode del pagamento stesso. I pagamenti anticipati, posteriori alla data della cessazione dei pagamenti, sono poi inefficaci rispetto alla massa dei creditori, a sensi dell'art. 707 c. co..

È antica questione se il pagamento *normale* di un debito *scaduto* sia impugnabile con la revocatoria ordinaria. La dottrina prevalente a ragione è per la negativa (77); poichè il creditore non à

---

(76) C. 16.1.1939, Botturi c. Fall. Picasso, *Mass. Foro it.*, 1939, 30.

(77) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 61, p. 205 ss.; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 408, p. 852 ss.; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 279, p. 386 ss.; O. FISCHER, *Anwendbarkeit der Actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung*, Paderborn, 1875, § 2 ss., p. 9 ss.; ALLARA, *Prestazione in luogo di adempimento* cit., n. 137, p. 283 ss.. *Contra*: BREZZO, *Revoca* cit., n. 175, p. 352 ss.; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 56; JAEGER, *Konkursordnung* cit., § 31, nota 2, ed ivi riferimenti della dottrina tedesca. Si presenta spesso il problema se sia impugnabile la vendita *justo praetio* dell'immobile del debitore, quando il prezzo sia stato impiegato ad estinguere alcuni dei debiti scaduti. La soluzione negativa, che giustamente prevale in giurisprudenza, deve fondarsi su ciò, che manca nella specie un *eventus damni*. Sulla questione, nel senso qui sostenuto, C. 23.1.1939, Sorichelli c. Sallustio, *Giur. it.*, 1939, I, 1, 391; C. 17.1.1939, Siciliano c. Rindone, *Sett. Cass.*, 1939, 259; C. 27.7.1938

alcun diritto ad una parità di trattamento in confronto degli altri creditori, e non può perciò lamentarsi che uno di questi sia soddisfatto anche a suo discapito. La stessa soluzione deve valere a mio avviso anche per i pagamenti delle obbligazioni naturali, poichè la non coercibilità non posterga l'obbligazione naturale a quella civile (78).

Viceversa il pagamento anticipato di un debito, sebbene resti un atto dovuto, è revocabile ove si dimostri che l'antecipazione nella soddisfazione del creditore à il fine di costituire una preferenza. Lo stesso discorso è da fare per il pagamento anormale, che sarà considerato a parte, assieme con la *datio in solutum* che ne costituisce la specie più importante.

Il regime dei pagamenti del debitore commerciante rispetto alla possibilità di revoca per frode è al contrario reso particolarmente oscuro dal principio della c. d. *par condicio creditorum.*

È bene rendersi conto delle varie disposizioni di legge: l'art. 708 accenna ai pagamenti senz'altra aggiunta; l'art. 707 ai pagamenti di debiti non scaduti, effettuati posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti; l'art. 709 a pagamenti di debiti scaduti ed esigibili, ma effettuati in forma anormale, pure dopo la data di cessazione dei pagamenti.

Altra disposizione speciale in tema di pagamento è quella dell'art. 27, 2° comma, r. d. 7-8-1936, n. 1531, sul procedimento di ingiunzione, il quale, come si è già osservato altrove (n. 7), ammette

---

Arienzo c. Giardiello, *Sett. Cass.*, 1939, 50; C. 26.5.1937, Cocchieri c. Casasole, *Foro it.*, 1937, I, 1083; e in dottrina: MANDRIOLI, *Considerazioni* cit., *Foro Lomb.*, 1933, I, 1. *Contra:* C. 1.6.1936, Barbarulo c. Medaglia, *Giur. it.*, 1936, I, 1, 827; C. 18.2.1932, Bonetti c. Alberici, *Foro it.*, 1932, I, 630 ed ivi precedenti.

(78) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 62, p. 225; BREZZO, *Revoca* cit., n. 243, p. 511 ss.. *Contra:* G. SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 59 s.; CENDRIER, *L'obligation naturelle, Ses effets à l'encontre des créanciers civils*, Parigi, 1932, n. 39 ss., p. 70 ss., S'intende che la soluzione di questo problema è influenzata dal concetto che si accoglie dell'obbligazione naturale: chi la identifica con l'obbligo di coscienza, ammetterà più facilmente la revoca. Ma sembra assai più fondata l'opinione che distingue, considerando l'obbligazione naturale come un particolare obbligo giuridico (POLACCO, *Obbligazioni* cit., n. 17 ss., p. 93 ss.). Appunto perchè si è di fronte all'adempimento di un semplice obbligo di coscienza e non di un'obbligazione naturale, credo si debba ammettere la revoca dell'esecuzione della fiducia testamentaria (art. 829 c. c.).

eccezionalmente la revoca della prestazione, nonostante il titolo giudiziale da cui l'obbligazione alla stessa dipende, quando è irregolare il modo in cui esso si è formato: la legge riporta il pagamento dipendente da decreto d'ingiunzione sotto il disposto dell'art. 709, quando nel procedimento di ingiunzione non à funzionato il contraddittorio.

Il principio della *par condicio creditorum* consiste in ciò, che, a differenza dei creditori del non commerciante, che possono soddisfarsi ognuno per conto proprio sui beni del debitore (e perciò chi prima arriva primo prende), i creditori del commerciante sono garantiti dall'esecuzione concorsuale, nel caso però che il loro debitore si trovi in istato di cessazione dei pagamenti.

Si dice spesso che la revocatoria fallimentare tende ad attuare la *par condicio creditorum* per il passato, sia pure sotto determinate condizioni (79); anzi qui starebbe uno dei caratteri differenziali fra la revoca ordinaria e quella fallimentare. Ma bisogna intendersi. Mentre nell'esecuzione concorsuale il principio della *par condicio* à un'attuazione obbiettiva, nel senso che la legge prescinde del tutto da una qualsiasi valutazione della volontà del debitore, nella revocatoria fallimentare la frode è sempre necessaria. Quindi durante lo stato di cessazione dei pagamenti il principio della *par condicio* sussiste come obbligo imposto al debitore: non ogni pagamento, anche normale, avvenuto durante la cessazione dei pagamenti è revocabile, ma quel pagamento che si dimostri fraudolento, e che perciò dia luogo alla violazione dell'obbligo di mantenere un pari trattamento dei creditori.

In altri termini l'obbligo di garanzia del debitore commerciante durante lo stato di cessazione è più esteso di quello ordinario, ma resta sempre un obbligo.

I limiti della *par condicio* (al di fuori dell'esecuzione) sono quelli entro i quali è consentita la revoca degli atti posti in essere durante lo stato di cessazione dei pagamenti. Al di fuori di questa ipotesi deve valere la regola comune, che ogni creditore può soddisfarsi per proprio conto; poichè il creditore può conseguire con l'esecuzione forzata ciò che il debitore gli deve.

Se dunque la *par condicio creditorum* è tutelata soltanto durante

(79) CANDIAN, *Fallimento* cit., n. 6, p. 16; n. 152, p. 212 s.

il periodo di cessazione dei pagamenti, ne segue che nel periodo antecedente ad essa, la revoca di cui all'art. 708 è ammissibile soltanto contro i pagamenti di debiti non scaduti ed i pagamenti effettuati in modo anormale (80). Un pagamento normale di un debito scaduto non può essere fraudolento, se il debitore che lo effettua è ragionevolmente convinto che il suo patrimonio sia sufficiente a soddisfare i creditori.

Invece se il pagamento è effettuato durante il periodo sospetto, si possono dare tre ipotesi. O esso si riferisce ad un debito non iscaduto, in qualunque modo sia fatto, ed allora è inefficace a sensi dell'art. 707, e si è fuori della revocatoria; o, pur riferendosi a un debito scaduto ed esigibile, non è stato eseguito con denaro o con effetti di commercio, ed allora esso importa una presunzione di frode (art. 709 n. 3); o si riferisce ad un debito scaduto ed esigibile ed è effettuato con danaro o con effetti di commercio, ed allora — e qui la situazione è diversa da quella del periodo antecedente alla data di cessazione dei pagamenti — si può ancora far questione di revocabilità, ma senza presunzione di frode. Posto che il debitore in istato di cessazione di pagamenti à l'obbligo di chiedere che sia dichiarato il proprio fallimento, egli è in frode se, invece, procede ad un pagamento mentre dovrebbe curare egli stesso di far realizzare la *par condicio* coll'esecuzione concorsuale. Ma se ignora il suo stato di cessazione dei pagamenti, il pagamento effettuato resta irrevocabile, appunto perchè la violazione di un obbligo, per essere punita, deve essere colpevole.

66. — L'ipotesi principale del pagamento in forma anormale è quello della *datio in solutum*. Se questa possa essere soggetta a revoca, è questione su cui esiste una letteratura ricca e discorde (81).

---

(80) BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 408 ss., p. 852 ss., ed ivi riferimenti di dottrina italiana e straniera.

(81) Per la revocabilità: SCHÖNEMANN, *Die Paulianische Klage* cit., § 7, p. 25 ss.; OTTO, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachteile seiner Gläubiger vornimmt, nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrechte*, Lipsia, 1881, § 13, p. 79 s.; FRANCKE, *Ueber die Zulässigkeit der Actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellungen, Hingabe an Zahlungsstatt*, *Archiv für die civ. Praxis*, XVI, 1883, p. 262 ss.; MAIERINI, *Revoca* cit., n. 63 p. 226 s., n. 72, p. 268

Mi limito a qualche breve cenno diretto a dimostrare la fondatezza dell'opinione che ammette, almeno in certe ipotesi, la revoca di questa forma di pagamento.

Il Solazzi, dopo aver ricordato che nel diritto romano non vi è alcun testo da cui si possa arguire la revocabilità o l'irrevocabilità della *datio in solutum*, afferma che rispetto ad essa valgono gli stessi argomenti che valgono in tema di pagamento. Si tratta sempre di un adempimento, sebbene imperfetto, dell'obbligazione, di un *minus* rispetto al pagamento vero e proprio. La sostituzione di una prestazione ad un'altra non può essere illecita, perchè determina un risultato — l'estinzione dell'obbligazione — che non solo è lecito, ma anche è doveroso (82).

Senonchè, come esattamente à osservato l'Allara, che pure sostiene la tesi dell'irrevocabilità, l'equivalenza fra le due prestazioni sussiste soltanto fra le parti che ànno stipulato la *datio in solutum*. Questa esatta affermazione non è però sviluppata dal ricordato autore; anzi è implicitamente contraddetta quando egli afferma essere assurda l'opinione che la *datio in solutum* sia revocabile, a differenza del pagamento, solo perchè determina una sostituzione qualitativa

---

ss., ed ivi GIORGI, *Note*, p. 307 ss.; SIMONCELLI, *Note critiche* cit., n. 2, p. 370 ss.; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 61; CARNELUTTI, *Azione pauliana e dazione in pagamento*, *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 626 ss.; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN e RADOUANT, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 949, p. 251 s.. L'opinione del CARNELUTTI (revocabilità limitatamente a determinate ipotesi, art. cit., p. 633 s.) è quella seguita sostanzialmente nel testo. Nello stesso senso la giurisprudenza dominante: basti ricordare, da ultimo: C. 5.1.1939, Sala c. Caprotti, *Sett. Cass.*, 1939, 196; C. 27.7.1938, Arienzo c. Giardiello, *Sett. Cass.*, 1939, 50; C. 30.4.1935, Cesari c. De Donno, *Foro it.*, 1935, I, 834. Contro la revocabilità: ZÜRCHER, *Die Actio Paulliana nach gemeinem Recht und den neueren Codificationen*, Zurigo, 1872, p. 15 ss.; FISCHER, *Anwendbarkeit* cit., § 4, p. 37 ss.; REINHART, *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, Actio Pauliana, nach römischem und gemeinem Recht*, Winterthur, 1875, p. 125 ss.; KORN, *Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Konkurse*, Berlino, 1882 p. 111 ss.; BUTERA, *Azione revocatoria* cit., n. 58, p. 221 ss.; ID., *In tema di datio in solutum di un creditore simulato*, *Foro it.*, 1936, I, 898; BREZZO, *Revoca* cit., n. 226 s., p. 475 ss., con qualche temperamento della regola accolta; ALLARA, *Prestazione in luogo di pagamento* cit., n. 138, p. 288 ss.; SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 286 ss.. Altre citazioni in BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 408 *bis*, nota 1, p. 855 s..

(82) SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 286 ss., p. 292 ss..

dell'oggetto, «identici restando (supposto il valore dell'*aliud* non superiore a quello della prestazione dovuta) l'*eventus damni* e il *consilium fraudis*» (83). Qui è la questione; e qui viene in rilievo, rispetto al creditore, la diversa qualità del bene dato *in solutum* rispetto a quello dovuto, e si dimostra che l'*eventus damni* provocato da questa forma di pagamento anormale può essere diverso da quello derivante dal pagamento regolare.

S'intende che se, in luogo di una cosa determinata, il debitore dà in pagamento del denaro, i creditori non solo non possono chiedere la revoca, ma anzi sono avvantaggiati, perchè rimane nel patrimonio del debitore stesso un bene che è migliore garanzia del denaro; mentre per effetto dell'adempimento quel bene sarebbe legittimamente passato in proprietà di un terzo.

Nell'ipotesi inversa — prestazione di una cosa determinata invece di denaro — possono darsi due casi: il debitore può concludere la *datio* perchè non à denaro e tuttavia vuole adempiere; ed allora è chiaro che l'*eventus damni* deve essere considerato equivalente a quello derivante dal pagamento, poichè il bene dato *in solutum* potrebbe essere legittimamente tolto al debitore in sede esecutiva: quindi la revoca non è ammissibile. Oppure il debitore può concludere la *datio in solutum* perchè, pur avendo denaro, egli vuole nasconderlo ed adempiere invece con una cosa che, se rimanesse nel suo patrimonio, gli potrebbe essere portata via in seguito ad esecuzione forzata. In questo caso l'*eventus damni* è diverso da quello che sarebbe derivato da un normale pagamento, perchè al denaro, che non rappresenta rispetto ai creditori una buona garanzia patrimoniale, in quanto è facilmente occultabile, è liberamente sostituito, come oggetto della prestazione, un bene che costituiva una buona garanzia patrimoniale (84).

In questo senso si devono intendere le proposizioni che la sostituzione di un oggetto all'altro è un torto rispetto ai creditori (85) e le altre, forse meno precise, che fanno riferimento alla non obbligatorietà della *datio in solutum* ed al suo carattere negoziale (86).

---

(83) Op. cit., n. 138, p. 290.
(84) BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 408 *bis*, p. 856.
(85) SCHÖNEMANN, op. cit., § 7, p. 27.
(86) VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7ª ed., Marburgo, 1863-1869,

L'Allara cerca di giustificare altrimenti la tesi qui combattuta, osservando: se le parti, prima di procedere alla *datio in solutum*, stipulano un contratto preliminare o un contratto attributivo del valore di surrogato dell'adempimento all'*aliud*, pongono in essere negozi non revocabili, « giacchè non può vedersi nei medesimi alcun *eventus damni*, dal momento che soltanto uno dei due rapporti obbligatori sarà in ogni caso adempiuto »; da ciò seguirebbe l'irrevocabilità della prestazione che ne forma il contenuto (87). In realtà, rispetto alla revoca, il negozio deve essere considerato nel suo complesso, atto di volontà ed atto di esecuzione (cfr. n. 100); perciò la scissione proposta non sembra possa valere come argomento esclusivo della revocabilità: la *datio in solutum*, una volta che sia attuata, è revocabile, senza che si possa separare l'atto di volontà dall'atto esecutivo, in quanto determini un *eventus damni* diverso da quello che sarebbe potuto derivare dal pagamento; mentre la sola obbligazione di porre in essere una *datio in solutum* solo impropriamente si può dire impugnabile, al pari di ogni altra semplice assunzione di obbligazione (cfr. n. 67).

La *datio in solutum* può determinare un *eventus damni* di ordine diverso da quello che si è sopra ricordato, se la cosa data in pagamento è di valore superiore a quello della prestazione originariamente dovuta. In tal caso è comunemente ammessa la revoca anche da quella dottrina che di massima la nega (88). Mi sembra esatto il rilievo dell'Allara, che, rispetto al creditore, qualunque differenza di valore fra le due prestazioni è rilevante, purchè sia provato che da essa è derivato un danno. Se poi risulti che la differenza di valore è così rilevante da costituire una vera e propria liberalità, allora — rispetto alla posizione del terzo — si rientra nell'ipotesi del *negotium mixtum cum donatione* (cfr. n. 74).

Quanto si è detto finora vale anche per la *datio in solutum* conclusa fra il debitore ed un suo debitore. L'*eventus damni* può derivare anche in questo caso dalla minore apprensibilità in sede esecutiva o dal minor valore dell'oggetto ricevuto in pagamento rispetto a quello dell'oggetto dovuto.

---

III, § 697, p. 628; OTTO, op. cit., § 13, p. 79; DERNBURG, *Pandette*, trad. it. CICALA, Torino, 1903-1906, § 145, p. 628.

(87) Op. l. cit..

(88) ALLARA, op. cit., p. 291 ss.; SOLAZZI, op. cit., p. 294 ss. ed autori ivi citati.

Si può dire, in conclusione, che il danno derivante dalla *datio in solutum* è della stessa natura di quello che può derivare dalla vendita: una diminuzione patrimoniale sia per minor valore della cosa dovuta rispetto alla cosa data in pagamento, sia per sostituzione di garanzie non buone a garanzie buone.

La sostanziale equiparazione di effetti fra *datio in solutum* e vendita è ricordata, sebbene con linguaggio impreciso, anche nell'art. 707, 2° comma, c. co., ove si accenna ai pagamenti fatti per via di trapasso o di vendita.

67. — Accanto alle altre ipotesi in cui la revoca si dirige — almeno in apparenza — non contro un intero atto di disposizione, ma solo contro un momento della sua fattispecie, vi è anche quella dell'assunzione di una nuova obbligazione: occorre che si tratti, si intende, di obbligazione avente per oggetto un bene che può costituire garanzia patrimoniale.

In tal caso è certo che, fin quando non è effettuato l'adempimento, non può sussistere un *eventus damni,* perchè l'obbligazione è un vincolo, ma non ancora una diminuzione patrimoniale. Nè, come meglio si spiegherà in seguito, nella fattispecie qui supposta, sarebbe possibile concepire l'esistenza del normale effetto della revoca, in quanto questo provoca una modifica della situazione patrimoniale determinata dall'atto fraudolento (89).

Si deve giungere dunque alla conclusione che nella specie non vi à luogo ad una revocatoria per mancanza di *eventus damni.* Ciò non significa tuttavia che anche qui si sia fuori del tutto dal campo della revoca: è stato infatti giustamente osservato che, in questo caso, la revocatoria compete ai creditori non come azione, ma come eccezione (90).

---

(89) AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 107 s.. Cfr. anche SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 254 ss., che ricorda come nella specie nel diritto classico e nel diritto giustinianeo si avesse non una revocatoria, ma una semplice *denegatio actionis.* La nostra dottrina prevalente ammette la revocabilità dell'assunzione di nuove obbligazioni, senza preoccuparsi di solito come la revoca possa esplicare i suoi effetti: MAIERINI, *Revoca* cit., n. 31, n. 111, n. 38, p. 131, ed ivi GIORGI, *Note,* p. 314 s.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 162, p. 319 ss.; BUTERA, *Azione revocatoria* cit., n. 69, p. 289 s.. *Contra*: N. STOLFI, *Diritto civile* cit., III, n. 801, p. 364.

(90) G. SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 82.

Quando il terzo, il cui credito sia sorto per effetto di un atto fraudolento del debitore, chieda di essere soddisfatto con l'esecuzione individuale o concorsuale, gli altri creditori, e rispettivamente il curatore, possono eccepire la frode e chiedere la revoca: nel primo caso promovendo speciale opposizione, nel secondo in sede di giudizio di verifica dei crediti. Nel momento in cui il negozio fraudolento avesse esecuzione, si verificherebbe l'*eventus damni;* e perciò i creditori possono chiedere che il negozio sia dichiarato ad essi inopponibile, e che, dovendosi effettuare un pagamento, esso non segua.

### § 3. — Presupposti relativi all'acquirente ed ai subacquirenti.



68. — Per effetto dell'atto fraudolento un bene esce dal patrimonio del debitore ed entra nel patrimonio di un terzo. Con la pronuncia di revoca, l'interesse di questo terzo, che avrebbe dovuto essere tutelato *erga omnes* a seguito del negozio di alienazione, è sacrificato all'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale.

A quali condizioni e su quale fondamento, in questo conflitto fra l'interesse del creditore e quello dell'acquirente, la legge concede, con la revoca, la prevalenza del primo?

Le condizioni del sacrificio del terzo sono fissate dall'art. 1235, 2° comma: «trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode deve risultare dal canto di ambidue i contraenti», e, perciò, anche dal canto dell'acquirente; mentre «per gli atti a titolo gratuito basta che la

frode sia intervenuta per parte del debitore». Cioè, se l'atto revocato è un atto a titolo gratuito, il sacrificio dell'interesse dell'acquirente è incondizionato; se è a titolo oneroso il sacrificio è subordinato all'accertamento della *frode* di esso acquirente. La stessa regola è posta, sebbene con termini diversi — eventuale necessità della *mala fede,* non della frode del terzo — negli art. 193 e 194 c. p., relativi alla revocatoria penale.

La distinzione fra il titolo oneroso o gratuito di un atto di disposizione del debitore à avuto in certe ipotesi una rilevanza ancora maggiore, nel senso che à determinato il legislatore a uscire dall'ambito della revoca vera e propria, disponendo l'inefficacia di atti di disposizione a titolo gratuito posti in essere in particolari circostanze. Infatti, delle alienazioni attuate dal commerciante dopo la cessazione dei pagamenti, mentre quelle a titolo oneroso sono rese inefficaci solo se revocate (art. 708 e 709 c. co.), quelle a titolo gratuito sono inefficaci semplicemente per effetto della sentenza che stabilisce la data di cessazione dei pagamenti, o, quantomeno, se si vuole seguire l'opinione dominante (cfr. n. 13), in seguito ad un'azione del curatore che è esperibile assai più facilmente della revoca. Analogo discorso per l'ipotesi dell'art. 192 c. p., riguardante gli atti a titolo gratuito compiuti dal colpevole dopo il reato.

Tornando all'art. 1235, è bene ricordare che l'identificazione dei presupposti della revoca relativi al terzo acquirente non à alcun nesso col fondamento dell'istituto; più precisamente, si è escluso che si possa parlare di un illecito o di un indebito arricchimento dell'acquirente, in confronto del creditore, a seconda che si tratti di un atto a titolo oneroso oppure di un atto a titolo gratuito. Nell'un caso e nell'altro l'indagine sul fondamento del sacrificio del terzo non coincide con quella sul fondamento dell'istituto della revoca (fondamento che è solo nell'illecito del debitore), ma serve a spiegare la ragione con cui si giustifica la subordinazione dell'interesse dell'acquirente, e a determinare in conseguenza le regole concernenti la posizione di lui rispetto all'esercizio della revoca.

69. — La possibilità che con la revoca sia sacrificato l'interesse di un terzo che à validamente acquistato è stata definita come un'eccezione al principio della relatività dei contratti (cfr. n. 25). In presenza di un illecito del debitore, che non adempie all'obbligo di conservazione delle garanzie, e nell'impossibilità di applicare qualsiasi altra

specie di sanzione civile a carico del debitore stesso, la legge è ridotta alla *extrema ratio* di uscire dai confini posti dal principio dell'articolo 1130 c. c.; e di subordinare l'interesse di un terzo a quello del creditore titolare del diritto di garanzia.

Tale sacrificio, come in altri casi analoghi, non si può altrimenti giustificare che come risultato di una valutazione, di carattere politico, del valore sociale dei due interessi in contrasto. Nessun rapporto autonomo intercede nel diritto moderno fra il creditore ed il terzo acquirente.

Questo è un punto in cui la revoca à più profondamente mutato il suo carattere dall'epoca romana ad oggi (1); e le conseguenze della mutazione sono assai notevoli, specie in relazione ai limiti della responsabilità del terzo.

La legge cerca di comporre il conflitto in modo da conciliare le esigenze dell'uno e dell'altro soggetto con criteri di giustizia. Così si spiega il diverso regime dato agli atti fraudolenti, secondo che siano a titolo oneroso oppure a titolo gratuito.

La spiegazione tradizionale del diverso trattamento è questa: il creditore che agisce in revocatoria *certat de damno vitando*; perciò deve esser preferito all'acquirente a titolo gratuito, che *certat de lucro captando*; mentre è preferito all'acquirente a titolo oneroso, che pure *certat de damno vitando,* se questi sia in mala fede, non invece se sia in buona fede, nel qual caso si applica la massima *melior est condicio possidentis* (2).

Giustificazione solo apparente: in realtà non si spiega perchè sia richiesta la mala fede dell'acquirente a titolo oneroso, e si adopera la frase *certare de damno vitando* in un senso quando è riferita al creditore, in un altro senso quando è riferita all'acquirente. Se si dice che il creditore *certat* sempre *de damno vitando,* anche quando il suo diritto derivi da un atto di disposizione a titolo gratuito, perchè non si ammette che anche l'acquirente a titolo gratuito perseguito con la revoca *certat de damno vitando,* in quanto anch'egli vuole che gli sia evitata la sottrazione di un bene già entrato nel suo patrimonio? Ciò

---

(1) Cfr. SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 172 ss.

(2) Cfr., con varie formulazioni, MAIERINI, *Revoca* cit., n. 6, p. 12 ss.; CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 339, p. 848 s. *Contra*: GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 292, p. 407 s.

si risolve in una mancata identificazione della *ratio* che anima l'art. 1235, 2° comma.

Nè è soddisfacente un'altra spiegazione recentemente avanzata, secondo la quale la ragione del diverso trattamento del terzo negli atti a titolo oneroso e gratuito starebbe in ciò che l'acquirente a titolo oneroso, una volta che gli fosse sottratta la cosa acquistata, avrebbe azione di evizione contro l'alienante, o, in termini più generali, diverrebbe creditore del risarcimento dei danni, mentre l'acquirente a titolo gratuito non può di massima pretendere nulla (art. 1077) (3). Infatti, se anche è vero che fra il criterio con cui è sacrificato il terzo e la diversità di regime della garanzia per evizione, a seconda che si tratta di atti a titolo gratuito o oneroso, vi è un certo nesso, tuttavia non può esser questa la *ratio* del diverso trattamento del terzo a seconda del titolo dell'acquisto: non solo perchè la garanzia per evizione può essere esclusa da un'alienazione a titolo oneroso, e inclusa in un'alienazione a titolo gratuito, senza che perciò muti correlativamente il disposto dell'art. 1235, 2° comma; ma anche perchè qui non è questione di un conflitto fra acquirente e debitore, come nel caso di evizione, ma fra acquirente e creditore.

Forse la spiegazione più accettabile è questa: se si sacrificasse il terzo acquirente a titolo oneroso di buona fede, gli si farebbe perdere non solo il bene acquistato, ma anche quello che à dato al debitore come controprestazione, nella normalità dei casi non utilmente ripetibile; se invece si sacrifica l'acquirente a titolo gratuito, e l'acquirente a titolo oneroso in mala fede, il primo si ritrova nella posizione in cui si trovava prima dell'acquisto, il secondo subisce un danno che avrebbe dovuto prevedere. Nel primo caso vi è un'opportunità politica di limitare la tutela del creditore; nel secondo caso questa opportunità non sussiste (4).

70. — Forse è utile considerare quale sia la situazione del terzo acquirente in un caso simile a quello dell'art. 1235: il caso in cui si deroga al principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, in occasione del conflitto fra l'erede vero e chi à acquistato dal-

---

(3) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 55 s.

(4) Sulla *scientia fraudis* intesa come limite della tutela dell'acquirente a titolo oneroso, cfr. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 454 s.. Sulla differenza fra dolo e malafede, *ibid.*, p. 496.

l'erede apparente (art. 933 c. c.). La similitudine dei due casi sta nella illegittimità dell'alienazione, e nell'assenza di ogni rapporto precedente fra creditore ed acquirente. La composizione del conflitto è simile nelle due ipotesi (5).

Nell'un caso e nell'altro, mentre il sacrificio del terzo acquirente a titolo oneroso è condizionato alla sussistenza della sua malafede, o alla non sussistenza della sua buona fede, la subordinazione dell'interesse dell'avente causa a titolo gratuito è incondizionata.

Si è accennato a quella che può essere la giustificazione pratica della norma. Si può qui aggiungere che la meno intensa protezione dell'acquirente a titolo gratuito probabilmente risponde ad una tendenza legislativa, che non à carattere così esteso da costituire uno dei principi generali del diritto privato, ma à tuttavia numerose manifestazioni, e si formula nella massima: *nemo liberalis nisi liberatus*.

Da un punto di vista storico non mi pare dubbio tuttavia che la minore tutela dell'acquirente a titolo gratuito nell'art. 1235 derivi da una presunzione assoluta di mala fede. I lavori preparatori danno espressamente questa giustificazione della nuova disposizione introdotta nel codice italiano (6). Si dimostrerà che tale giustificazione, sebbene oggi non abbia alcuna rilevanza dogmatica, deve avere il suo peso nell'interpretazione dell'articolo, ed in ispecie dell'ultimo comma di esso (cfr. n. 78).

L'altro criterio, comune alle norme degli art. 1235 e 933, importa che nei negozi a titolo oneroso, l'acquirente in tanto è sacrificato, in quanto conoscesse la situazione in cui si trovava l'alienante: in quanto conoscesse cioè la mancanza del potere di disporre dell'erede apparente, e il dovere di non disporre del debitore fraudolento. Nell'art. 933 la buona fede del terzo è requisito costitutivo del mantenimento dell'acquisto; mentre nell'art. 1235 la mala fede di lui è requisito costitutivo della revoca. Ma ove si ritenga, con la dottrina prevalente, che la legge non conosce accanto alla buona

---

(5) Polacco, *Successioni* cit., II, p. 144.

(6) *Relazione Ministeriale sul progetto del 3° libro del c. c.*, n. 149, in Gianzana, *Codice civile con l'aggiunta delle leggi complementari*, Torino, 1887-1888, I, p. 91 s.: « Non era dubbio che l'azione dei creditori si potesse promuovere contro coloro che, partecipi della frode, provata o *presunta*, hanno contrattato col debitore ».

e alla mala fede, uno stato intermedio di dubbio (7), non vi è alcuna differenza fra le due ipotesi.

Così nel caso dell'art. 933 come in quello della revoca, il terzo subisce le conseguenze non di una sua colpa — chè a lui non è imputabile la violazione di alcun obbligo —, ma semplicemente del suo comportamento: conosce l'illiceità dell'alienazione, e così acquista a proprio rischio.

Dunque, quella situazione psichica del terzo acquirente, che l'art. 1235 sembrerebbe identificare in una frode del genere di quella che è imputabile al debitore, deve invece essere definita come *mala fede*: e cioè come conoscenza o consapevolezza dell'illegittimità dell'alienazione.

Ciò si desume, oltre che dal confronto, che sopra si è tentato, fra la situazione in cui si trova il terzo acquirente di fronte al creditore che à utilmente agito in revocatoria, e la situazione prevista dall'art. 933, anche da alcuni argomenti testuali.

Si sono già ricordate in proposito le disposizioni della revocatoria penale, in tema di atti a titolo oneroso compiuti dal colpevole prima e dopo il reato (art. 194 e 193 c. p.), che indicano espressamente la situazione del terzo come *mala fede*. Così anche l'art. 709, n. 1, c. co. fa derivare la presunzione di frode dal fatto che «il terzo *conoscesse* lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito».

71. — Nella dottrina e nella giurisprudenza in genere e già nelle fonti romane la malafede del terzo è indicata di solito come *scientia fraudis*. Qualcuno parla di partecipazione alla frode: tale partecipazione, che presupporrebbe un'identità di posizione fra debitore e terzo, non è invece mai richiesta dalla legge, e non è un momento essenziale della revoca: si tratta di una limitazione arbitraria dei requisiti dell'istituto.

Il termine di *scientia fraudis* concorda col concetto di mala fede che si è sopra accolto, poichè indica appunto che il terzo conosce la frode, e cioè l'illecito del debitore. E quella dottrina che vede il fondamento della revoca in un illecito del terzo è inconseguente

---

(7) Cfr., per tutti, MONTEL, voce *Buona fede*, in *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino, 1937, n. 6; ID., *Dubbio e buona fede, Temi emil.* 1939, I, 1, 149 ss.

quando ravvisa un illecito in una mera conoscenza (8). Salvo casi eccezionali, previsti nella legge penale, colui il quale conosca che l'altro soggetto concludendo il negozio commette un illecito, non partecipa per questo all'illecito: altrimenti, anche chi acquista un bene che sia già venduto ad altri, trascrivendo per primo, sarebbe colpevole di illecito e tenuto al risarcimento dei danni!

La diffusa convinzione che tuttavia il terzo di mala fede versi in illecito, determina spesso una certa confusione fra la *scientia fraudis* e la frode del creditore; per esempio è assai comune la massima, relativa all'ipotesi dell'art. 708 c. co., che non è necessaria la prova dell'intenzione del terzo di nuocere alla massa dei creditori, ma sufficiente la consapevolezza di arrecar danno a questi col fatto di concludere quel dato negozio con un debitore in stato di cessazione dei pagamenti (9).

No: il danno è arrecato dal solo debitore, il terzo concorre non nell'illecito, ma nel negozio fraudolento, che solo per quanto concerne il debitore è un elemento di quell'illecito.

Da ciò deriva, e la conseguenza è importante, che nella *scientia fraudis* del terzo non si possono distinguere quei diversi gradi d'intensità volitiva, per cui si differenzia, nella frode del debitore, la volontà di nuocere e la semplice prevedibilità dell'*eventus damni*: la *scientia fraudis* deve sussistere effettivamente nel terzo; non a surrogati. Non sembra giusto che sia possibile fondarsi, per ritenere sussistente la *scientia fraudis,* su una pretesa ignoranza negligente dello stato del debitore, anzichè sull'effettiva conoscenza: allora verrebbe meno il criterio della mala fede (10). Bisogna riconoscere

---

(8) Cfr., ad esempio, GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 74, p. 138: « La connaissance par le tiers du caractère frauduleux de l'acte de la part du débiteur, tel est donc l'élément moral du délit dont se rend coupable ce tiers »

(9) Così: A. Torino 9.3.1936, Enria c. Fall. Bussone, *Dir. fall.* 1936, 450; A. Milano 26.5.1936, Rizzini c. Prandoni, *Rep. Foro it.* 1936, 642 B; C. 18.7.1938, Coscia c. Giachetti, *Sett. Cass.* 1938, 1287; C. 29.7.1938, Barresi c. Turchio, *Sett. Cass.* 1939, 108. Nella sent. A. Brescia 4.12.1935, Banca Triumplina c. Bottacchio, (*Rep. Foro it.* 1936, 642 F) è richiesto addirittura il proposito del terzo di procurarsi vantaggio alterando la *par condicio creditorum*.

(10) Invece predomina in giurisprudenza l'insegnamento che l'ignoranza della frode da parte del terzo non deve essere colposa: C. 6.3.1936, Malinverno c. Pusinelli, *Giur. it.* 1936, I, 1, 552; C. 22.5.1936, Ponzoni c. Saccomani, *Giur. it.* 1936, I, 1, 743. Ma quando la legge vuole equiparare alla ma-

che però ciò non porta a grandi differenze di ordine pratico, perchè è sufficiente, ed è normale, una prova semplicemente indiziaria della *scientia fraudis* (11).

La *scientia fraudis* è dunque la conoscenza, da parte del terzo acquirente, dell'illecito del debitore: non è preciso definirla come conoscenza della frode, che è elemento soggettivo dell'illecito, o come conoscenza del solo *eventus damni,* che ne è elemento oggettivo (12).

72. — Una disposizione che importa uno speciale criterio nella valutazione del comportamento del terzo si trova nell'art. 709 c. co.: in esso è stabilito che, negli atti avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, in presenza di certe circostanze, la frode del debitore e la mala fede del terzo sono presunte fino a prova contraria: una di queste circostanze è indicata dal n. 1 nel fatto che «il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito».

Si tratta qui di provare non la solita mala fede del terzo, ma una sua conoscenza qualificata, di contenuto specifico, che fa presumere così la sua mala fede come la frode del debitore: la *scientia decoctionis.*

La mala fede à qui contenuto diverso da quella ordinariamente richiesta nel terzo, per il fatto che si esige che questi conoscesse non l'illecito del debitore, ma quella situazione patrimoniale del debitore stesso che è lo stato della cessazione dei pagamenti: in questo

---

la fede un'ignoranza *negligente* (non si potrebbe qui parlare di colpa) lo dice espressamente: cfr. art. 20 legge cambiaria.

(11) Cfr. perspicuamente, in questo senso, C. 18.5.1935, Monte dei Paschi di Siena c. Cassa risp. Reggio E., *Ann. dir. comp.,* XIII, parte II, p. 4.

(12) Vi è una corrente di giurisprudenza che invece definisce la *scientia fraudis* come conoscenza dell'insolvenza: A. Brescia 11.10.1935, Pozzi c. Ferri, *Rep. Foro it.* 1936, 739 E; A. Brescia 19.2.1936, Soc. Montecatini c. Scalarini, *Rep. Foro it.,* 1936, 739 I; A. Bologna 22.3.1936, Paglierani c. Biondini, *Rep. Foro it.* 1936, 739 L. Esattamente si è ritenuto che nell'ipotesi dell'art. 708 c. co., a costituire la *scientia fraudis* del terzo, non sia sufficiente la conoscenza dello stato di cessazione dei pagamenti: C. 29.4.1936, Credito it. c. Fall. Innocenti, *Foro it.* 1936, I, 1281, che parla addirittura di *dolo* del terzo; C. 10.7.1933, Nitrini c. Fall. Soc. edile canavese, *Foro it.* 1934, I, 429.

senso, che ad esso terzo fossero noti dei fatti che dovevano metterlo sull'avviso dell'esistenza di un dissesto (13). Il curatore dovrà dar la prova che il terzo fu a conoscenza di protesti, di esecuzioni inutilmente tentate a danno del debitore, di proposte di moratoria da parte di questi; insomma di quel complesso di fatti coi quali si rivela il dissesto. Occorre inoltre che la conoscenza si riferisse a circostanze relative ad un periodo posteriore alla data in cui si è fissata la cessazione dai pagamenti (14).

La ragione di questa norma sta in ciò che se uno conclude, con un commerciante che sa in istato di decozione, un negozio atto a determinare un danno dei creditori, deve sapere che il commerciante in istato di decozione può disporre a favore di un terzo solo sotto certe condizioni determinate; perciò il terzo deve essere guardingo nel negoziare con lui. In altri termini la conoscenza dei fatti indicatori di cessazione dei pagamenti fa supporre la consapevolezza dell'illecito posto in essere dal debitore, coll'atto di disposizione: ma il terzo può provare che quei fatti sono stati da lui in buona fede interpretati in modo diverso.

Se manca la prova della conoscenza, da parte del terzo, dello stato di cessazione dei pagamenti, o se il terzo provi ad esempio che ignorava che il debitore fosse un commerciante, non è dato di presumere la frode del terzo in base al criterio soggettivo previsto nell'art. 709, n. 1; ma si può rientrare sia nella ipotesi dell'art. 708, che in quelle dell'art. 709, n. 2, 3, 4 e u. c., in quanto, si intende, ne sussistano i presupposti.

In questi ultimi casi il contenuto della *scientia fraudis* del terzo deve ritenersi, contrariamente a quanto à di recente insegnato la Cassazione (15), lo stesso che nella revoca ordinaria. Infatti, solo

---

(13) La distinzione fra conoscenza della cessazione dei pagamenti e la frode del terzo è posta in questi termini dal CICU, *In tema di revocatoria fallimentare*, *Dir. fall.* 1928, 28 s.

(14) È stato deciso che all'eccezione di buona fede del creditore si può contrapporre che costui già prima della cessazione dei pagamenti aveva avuto notizia dell'insolvenza del debitore: C. 10.1.1939, Landolfi c. Fall. Zanchetti, *Sett. cass.* 1939, 207.

(15) C. 13.1.1938, Tito c. Fall. Donatelli, *Riv. dir. comm.* 1938, II, 137. Questa sentenza ritiene che, rispetto all'art. 709 n. 4, l'ignoranza da parte del terzo della qualità di commerciante rivestita da colui col quale contratta, vale

nell'art. 709, n. 1 la conoscenza dello stato di cessazione dei pagamenti è richiesta come inducente la presunzione di *scientia fraudis*: ma questa non cambia contenuto. Nelle altre ipotesi accennate la presunzione di frode è data da altra anormalità dell'atto; ed il terzo può liberarsi soltanto dimostrando che non aveva l'ordinaria *scientia fraudis*: se dimostra che egli non aveva la *scientia decoctionis*, di cui all'art. 709, n. 1, non per ciò fa venir meno la rilevanza dei criteri oggettivi di cui all'art. 709, n. 2, 3 e 4. La *scientia fraudis* può coesistere anche con l'ignoranza della qualità di commerciante del debitore e del suo stato di cessazione dei pagamenti.

In altri termini, la legge non offre alcun argomento per estendere a tutte le ipotesi dell'art. 709 l'esigenza di quella *scientia decoctionis* che è richiesta, come fondamento di una presunzione, nell'ipotesi dell'art. 709, n. 1. Questo solo si può dire, che i requisiti da cui si deduce la *scientia fraudis* del terzo che contratta col commerciante devono essere valutati meno severamente che non quelli vigenti nella revocatoria ordinaria; poichè da un lato il commerciante deve vigilare con maggior diligenza al rispetto dei diritti dei creditori, dall'altro i commercianti che entrano in relazione d'affari generalmente conoscono meglio le condizioni patrimoniali della controparte.

73. — Gli art. 1235 c. c. e 193, 194 c. p. richiedono la malafede dell'acquirente quando l'atto impugnato sia a titolo oneroso; non la richiedono quando sia a titolo gratuito. Così la legge rinvia ad una distinzione degli atti che essa stessa pone, ma con riguardo ai contratti, nell'art. 1101 c. c.. Si à contratto a titolo oneroso quando «ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio»; contratto a titolo gratuito quando «uno dei con-

---

ad escludere la *scientia fraudis* di esso terzo. Nello stesso senso, sembra, A. Caltanissetta 7.7.1938, Di Maria c. Fall. Giarrizzo, *Dir. fall.* 1938, 1117. Cfr. anche la sentenza C. 25.1.1939, Nascimbene c. Fall. Ditta Bono, *Giur. it.* 1939, I, 1, 377, che ritiene uguale il concetto di *scientia fraudis* in tutte le ipotesi previste nell'art. 709. In genere si può dire che la giurisprudenza ammette troppo facilmente la sussistenza della *scientia decoctionis*: cfr. C. 12.7.1937, S. A. Birra Pedavena c. Fall. Tinelli, *Foro Lomb.* 1938, I, 161, ed ivi nota di PROVINCIALI, *Questioni in tema di revocatoria ex art. 709 n. 1 cod. comm.*

traenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente» (16).

Qual'è il significato della distinzione nell'ambito della teoria degli atti fraudolenti? Innanzitutto la semplice applicazione del principio fissato nell'art. 1101 può dar luogo a dubbi per certi tipi di atti. Ma poi è da notare che, mentre dalla lettera delle disposizioni citate sembrerebbe che tutti gli atti impugnabili con la revocatoria dovessero rientrare nell'una o nell'altra delle due categorie (17), è certo che vi sono degli atti revocabili ai quali la distinzione non si può applicare, almeno nel modo in cui essa è intesa nell'art. 1101. Si presenta così il problema se il criterio distintivo del titolo gratuito o oneroso di un atto sia lo stesso che vale nell'ipotesi dell'art. 1101 o sia diverso: e se è diverso, è ancora da vedere in quali limiti si applichi, e se, oltre tali limiti, sia necessaria la mala fede del terzo.

Anche a sensi dell'art. 1101, la determinazione del titolo, gratuito o oneroso, di certi tipi di atti può dar luogo a qualche difficoltà.

Mentre per certi negozi giuridici a carattere contrattuale il titolo, oneroso o gratuito, è inerente alla causa stessa del negozio, come nel caso di compravendita, permuta, locazione, enfiteusi, tutti contratti essenzialmente a titolo oneroso; o come nel caso di donazione, comodato (art. 1806), essenzialmente a titolo gratuito; in altri casi la gratuità è svincolata dalla causa, ed è elemento solo naturale, in modo che essa si deve ritener sussistente salvo prova contraria, come nel caso del mandato civile (art. 1739) e del mutuo (art. 1829). In altri si dice che la gratuità o l'onerosità non sono nemmeno naturali, ma che l'atto può essere indifferentemente a titolo gratuito o a titolo oneroso: così nel caso di costituzione di servitù, di usufrutto. In realtà questi negozi non ànno, riguardo alla distinzione che qui interessa, una individualità propria, ma si

(16) Per una delimitazione dei negozi a titolo gratuito, cfr. CARIOTA-FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia*, Sassari, 1936, n. 4 ss., p. 8 ss.; e, sui concetti di onerosità e gratuità in genere, OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, *Fischer Abhandl. zum Privatr. u. Zivilprozess*, XXIII, 3, Monaco, 1912; LIEBISCH, *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendung*, *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, 27, Lipsia, 1927.

(17) Anche il CARIOTA-FERRARA (op. cit., n. 8, p. 14) afferma che la distinzione comprende tutti i negozi patrimoniali.

sussumono, rispetto alla revocatoria, in altri schemi, quali ad esempio la vendita e la donazione, dalle quali ordinariamente si differenziano soltanto per ciò che essi attuano non il trasferimento a titolo di proprietà dell'oggetto, ma soltanto la costituzione su di esso di un diritto reale.

Però bisogna probabilmente superare il criterio indicato nell'art. 1101, e ritenere che le due categorie degli atti a titolo gratuito ed a titolo oneroso, in quanto sono richiamate nelle norme in tema di revoca, ànno una portata piuttosto diversa.

Nell'art. 1235 la distinzione è stabilita per derivarne una diversa valutazione dell'opportunità di tutelare l'interesse dell'acquirente. Sembra che perciò si debba tener presente più che la qualità dell'atto impugnato, la qualità dell'acquisto da parte del terzo; più che l'esistenza di un corrispettivo nel negozio di alienazione, l'esistenza di un sacrificio in corrispondenza all'acquisto, anche se il sacrificio non importi un'attività a favore del dante causa, o, comunque, questa attività non sia prestata come diretta conseguenza dell'atto di cui si tratta. La distinzione è così svincolata da quel necessario riferimento al negozio bilaterale, che sembra presupposto nell'art. 1101 (18).

Ciò consente di dare un ambito assai più largo alle due categorie, ed assai più consono alla *ratio* che ispira l'art. 1235, 2° comma (19). Ad esempio, mentre l'art. 1101 non consentirebbe di classificare un atto unilaterale nè come avente titolo gratuito nè come avente titolo oneroso, invece in base al criterio accennato, ai fini dell'art. 1235, esso deve essere considerato a titolo gratuito se determina un acquisto a titolo gratuito: la rinuncia all'eredità, con questo criterio, è a titolo gratuito, rispetto al chiamato in luogo del rinunziante.

Tali conseguenze derivano dalla pura e semplice applicazione dell'art. 1235, 2° comma, ove ne sia rettamente intesa la portata; e non da un'applicazione analogica di questa norma.

74. — L'accezione più lata del termine *atto a titolo oneroso* e

(18) BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 386, p. 811 s.; PUGLIATTI, *Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto, Foro it.* 1936, I, 88.

(19) Nello stesso senso, per quanto riguarda gli atti a titolo oneroso, GIORGI, *Note* cit. su MAIERINI, p. 316.

*atto a titolo gratuito* che si è sopra sostenuta consente di classificare come atti a titolo oneroso anche atti che dalla comune opinione sono considerati come puramente dichiarativi: la divisione e la transazione (20).

Se anche nella divisione non c'è una controprestazione del singolo condividente rispetto agli altri, tuttavia la concentrazione del diritto di proprietà nella singola quota avviene in quanto si perde quella quota ideale di dominio che spettava su tutti i beni prima della divisione: il diritto diviene più intenso ma più limitato. Questa mi sembra la corretta motivazione di un insegnamento che, del resto, non è contestato: la necessità della prova della mala fede in tutti i condividenti (21).

La distinzione invece deve ritenersi inapplicabile agli atti dovuti, come tali; e cioè a quegli atti che ànno carattere meramente esecutivo di un negozio. Ciò è conforme del resto con l'opinione, altrove esposta, che il pagamento solo impropriamente si può considerare colpito dalla revoca: la c. d. revoca del pagamento implica la revoca del negozio, in quanto la frode si manifesti nella fase esecutiva di esso (cfr. n. 100). Così la distinzione va riferita al negozio base: per sapere cioè se per la revoca di un pagamento sia richiesta o no la malafede di chi lo riceve, bisogna vedere se il pagamento si riferisca ad un atto a titolo gratuito o a un atto a titolo oneroso; o, più esattamente, se determini un acquisto a titolo gratuito o a titolo oneroso da parte del terzo. È da avvertire che un pagamento è concepibile anche rispetto a un rapporto costituitosi in base ad atto a titolo gratuito, perchè mentre nella donazione propriamente detta è necessaria l'attualità dello spoglio da parte del donante (art. 1050), tale requisito non è richiesto nelle altre specie della categoria degli atti a titolo gratuito.

---

(20) Per la divisione, cfr. GIORGI, *Obbligazioni* cit., n. 306, p. 426 s.; PUGLIA, *Azione pauliana* cit., § 73, p. 108 ss.; *contra*: STOLFI, *Diritto civile* cit., III, n. 793, p. 361 s., che ritiene inapplicabile la distinzione. Per la transazione: C. 26.7.1934, Soc. Ass. Danubio c. Morelli, *Giur it.* 1935, I, 1, 71; A. Brescia 27.2. 1939, Banca Agr. mantovana c. Zavanella, *Foro Lomb.* 1939, II, 48.

(21) BIANCHI, *Corso* cit., IX, parte III, n. 98, p. 1109 s.. Se poi si ritiene col DEIANA (*Concetto e natura giuridica del contratto di divisione, Riv. dir. civ.* 1939, n. 12, p. 67) che il contratto di divisione è a titolo oneroso per sua stessa natura, il problema è di soluzione ancora più semplice.

Non occorre dire che, a differenza del pagamento vero e proprio, la *datio in solutum* deve ritenersi sempre un negozio a titolo oneroso (22).

Sempre in base all'ampia accezione dei concetti di onerosità e di gratuità che si è sopra sostenuta, propenderei a considerare come atto a titolo gratuito, agli effetti dell'art. 1235, 2° comma, il *negotium mixtum cum donatione* posto in essere dal debitore a favore di un terzo (23). La sproporzione fra le due prestazioni sembra argomento sufficiente perchè quel criterio politico, che determina una preferenza incondizionata del diritto del creditore rispetto a quello dell'acquirente a titolo gratuito (cfr. n. 69), sia applicabile anche nella specie. Del resto, nella normalità dei casi, il carattere gratuito è predominante nel negozio in esame: si intende donare in occasione della conclusione di un negozio a titolo oneroso, e la volontà di donare si fonde con la volontà contrattuale propria di questo negozio, snaturandone il normale contenuto.

Anche nell'ipotesi di donazione remuneratoria sembra si debba parlare di titolo gratuito. Non è fondata, a mio avviso, quell'opinione di una parte della dottrina (24), che vorrebbe fosse istituito di volta in volta un confronto fra il valore dell'oggetto della donazione e quello del servigio prestato al donante. Il problema di fatto consiste invece nello stabilire se, nei singoli casi, si debba parlare di pagamento o di dazione in pagamento oppure di donazione; ma, una volta esclusa la sussistenza del pagamento, e ritenuto che si tratti di un atto di spontanea liberalità, sia pure in compenso di un servigio prestato, non si può fare alcun'altra indagine, poichè la

---

(22) COVIELLO, *Trascrizione* cit., II, n. 286, p. 199 ss.. In genere la dottrina e la giurisprudenza considerano sempre a titolo oneroso ogni forma di pagamento; probabilmente perchè si ritiene rilevante il carattere di atto dovuto.

(23) *Contra*: DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, n. 62, p. 230 s. Non mi sembra si possa accogliere l'opinione del DEIANA (*La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, *Dir. e prat. comm.* 1938, I, n. 21, p. 236), che ritiene possibile un'impugnazione limitata alla parte gratuita dell'atto senza necessità di provare la *scientia fraudis*: cfr. quanto si osserva al n. 105. L'opinione del DEIANA è del resto coerente con la sua affermazione che il negozio *de quo* si risolva in due negozi collegati, uno a titolo oneroso e una donazione dell'eccedenza della prestazione di maggior valore (ibid., n. 19 s., pag. 225 ss.).

(24) CANDIAN, *Fallimento* cit., n. 158, p. 216; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 42, p. 162 ss., ed ivi riferimenti.

legge stessa vuole che in principio la donazione remuneratoria sia soggetta al medesimo regime di ogni altra donazione (art. 1051 c. c.).

Ad analoghe conclusioni si deve giungere, a mio avviso, anche per la donazione modale. Oltre al valore del ricordato art. 1051, è da tener presente che il peso imposto al donatario, se è nell'interesse di questo, non fa venir meno il carattere della liberalità, nè l'acquisto del donatario è in ragione di un suo corrispondente sacrificio (25). Nell'ipotesi di onere imposto nell'interesse del donante, sarà questione di fatto vedere se nei singoli casi l'onere stesso renda necessario di considerare il negozio come bilaterale, oppure se si abbia ancora una donazione.

75. — L'atto giuridico sul cui carattere oneroso o gratuito si è più lungamente discusso è la costituzione di dote.

Considero per prima la costituzione da parte del terzo. Secondo una dottrina ormai dominante, essa è ritenuta a titolo gratuito in confronto della moglie ed a titolo oneroso in confronto del marito (26). Agli effetti della revoca sarebbe dunque necessaria la prova della mala fede del marito, non della moglie. È stato opportunamente posto in rilievo che, secondo quest'opinione, mancando la prova della mala fede del marito, non sarebbe ammissibile una revoca a danno della sola moglie, per assoggettare all'esecuzione la nuda proprietà dei beni ad essa spettante: in tal caso verrebbe meno lo stesso rapporto dotale, che presuppone come necessaria una distribuzione di diritti fra i coniugi, determinata dalla legge e di massima immutabile (27).

---

(25) Ascoli, *Trattato delle donazioni*, 2ª ed., Milano 1935, § 18, p. 217.

(26) Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, Giessen, 1870, § 15 ss., p. 54 ss.; Brezzo, *Revoca* cit., n. 194, p. 404 ss.; Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, n. 299 ss., p. 418 ss.; Id., *Note* cit. su Maierini, p. 279; Id., *Nota*, in *Foro it.* 1890, I, 107; De Pirro, *Della dote in rapporto colla rivocazione per frode e colla riduzione*, *Giur it.* 1897, IV, 273 ss.; Venzi, *Note* cit. su Pacifici-Mazzoni, IV, p. 518; Ascoli, *Trattato delle donazioni*, 2ª ed., Milano, 1935, p. 75 ss.; Tedeschi, *La natura della costituzione di dote da parte di terzo*, *Arch. giur.* 1934 (112), n. 15 s., p. 44 ss.; Id., *I rapporti patrimoniali dei coniugi*, in Vassalli, *Trattato* cit., III, 1, Torino, 1937, n. 64 s., p. 409 ss. In giurisprudenza, fra molte decisioni, C. 17.6.1932, Fleres c. Petitti, *Foro it.* 1932, I, 1305; C. 14.12.1932, La Rosa c. Jerace, *Giur. it.* 1933, I, 1, 243; C. 22.5.1936, Oliva c. Sardi, *Foro it.* 1936, I, 1214.

(27) Tedeschi, *Rapporti patrimoniali* cit., n. 66, p. 412; cfr. anche n. 70,

Ritengo che l'opinione dominante non possa essere accolta: l'attribuzione à invece carattere gratuito anche rispetto al marito (28). Richiamo sommariamente i vari argomenti in discussione.

Certo non è esatta l'obbiezione che si è mossa alla teoria qui combattuta, che in un medesimo negozio non è concepibile la sussistenza del titolo oneroso rispetto ad un soggetto e del titolo gratuito rispetto ad un altro soggetto (29): quando è attribuito dal costituente un diverso diritto sulla medesima cosa a due persone, non si vede perchè questa attribuzione non possa avvenire rispetto ad un soggetto a titolo gratuito e rispetto ad un altro a titolo oneroso.

Il punto su cui deve essere impostata la discussione è questo: se il marito acquisti a titolo gratuito, se cioè egli acquisti un vantaggio patrimoniale senza dover affrontare, in ragione di esso, un sacrificio; o se invece un sacrificio egli sia tenuto a sopportare. È chiaro, che se un sacrificio del marito esiste, in corrispondenza all'attribuzione dei beni a titolo di dote, esso deve identificarsi nell'onere di sostenere i pesi del matrimonio. Questa è la funzione sociale della dote; essa, dice la legge, «consiste in quei beni che la moglie o altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio» (art. 175 c. c. l. I, uguale all'art. 1388 c. c. 1865); non solo, ma mentre una volta si diceva che, nonostante la definizione della dote data dal legislatore, il marito non à un obbligo giuridico di destinare i redditi dotali a sostenere i pesi del matrimonio (30), e che la dote à il solo scopo di rendere meno grave un peso che deriva dalla stessa legge (31), oggi è

---

p. 418, n. 102, p. 469 ss., n. 136, p. 529. Non sembra sostenibile che nell'ipotesi accennata nel testo i creditori possano ottenere una condanna in valore contro la moglie, e farla poi valere sui beni parafernali (TEDESCHI, op. cit., n. 66, p. 413): essi devono attendere lo scioglimento del matrimonio.

(28) In questo senso: BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, Erlangen, 1863-1867, I, n. 45 s., p. 194 ss.; MAIERINI, *Revoca* cit., n. 73, p. 270 ss.; SIMONCELLI, *Note critiche* cit., n. 3, p. 374 ss.; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 389, p. 815 ss.; GABBA, *Nota*, in *Foro it.* 1895, I, 674; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 33, e molti autori francesi meno recenti.

(29) Opinione sostenuta dal GABBA, *Nota* cit.. Esauriente critica in ASCOLI, *Donazioni* cit., p. 76 ss.

(30) BECHMANN, *Dotalrecht* cit., § 15, p. 196. Insufficiente mi sembra la critica del CZYHLARZ, *Dotalrecht* cit., n. 16 ss., p. 58 ss.

(31) BONELLI, *Fallimento* cit., n. 389, p. 816 s.; BECHMANN, op. cit., § 45,

certo che al marito deriva dall'atto costitutivo di dote uno specifico dovere giuridico, indipendente dal dovere derivante dalla legge di provvedere al mantenimento della famiglia (art. 143 c. c. l. I), di destinare i proventi dei beni dotali a sostenere i pesi del matrimonio; di fatti, se egli li distrae da questa destinazione, la moglie può chiedere la separazione della dote (art. 200 c. c. l. I).

Tuttavia non credo che tutto ciò modifichi il carattere gratuito dell'acquisto del marito. Probabilmente la costituzione di dote deve configurarsi, in confronto al marito, come una donazione modale nominata (cfr. n. 74), sebbene il *modus* (destinazione dei beni a sostenere i pesi del matrimonio) sia essenziale alla funzione dell'istituto ed assorba tutto il valore di ciò che riceve il marito. Quindi, anche agli effetti della revoca, il regime della costituzione di dote deve essere quello stesso della donazione modale.

È vero che con la revoca di una costituzione di dote vi è il pericolo di rovinare economicamente delle famiglie; perciò sono certo da approvare quelle leggi che escludono questo negozio dalla revocabilità. Ma, di fronte al silenzio della nostra legge, non à alcun valore la considerazione che proprio la dote potrebbe aver determinato al matrimonio chi *indotatam uxorem ducturus non fuerit* (32). La possibilità di sostenere con la dote i pesi del matrimonio consente che questo si celebri; ma se la dote vien meno, pazienza: non ci può essere un *favor matrimonii* in sede di interpretazione. Allo stesso modo non vale richiamarsi al principio *interest rei publicae mulieres dotes salvas habere* (33), o alla regola che il costituente è tenuto a garantire la dote (art. 178 c. c. l. I): fra l'altro, la garanzia per evizione è conciliabile con la natura gratuita dell'attribuzione (34).

Tutto ciò, mi sembra, consente di superare le altre spiegazioni tentate per dimostrare un'onerosità del negozio rispetto al marito: così l'affermazione che la dote sarebbe a lui dovuta, sia pure per

---

p. 197. Le speciali regole per tener ferma la donazione in occasione di matrimonio non potrebbero trovare un'estensione analogica ad un caso non previsto; perciò non vale richiamarsi al principio *oportet dotes salvas esse*.

(32) ASCOLI, *Donazioni* cit., p. 83. Questo argomento che considera la decisione di sposare quasi come un corrispettivo della dote si trovava già nel diritto classico: cfr. SOLAZZI, *Revoca* cit., p. 245 ss.

(33) BREZZO, *Revoca* cit., n. 193, p. 402.

(34) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 73, p. 272 s.

obbligazione naturale (35); e consente di considerare, d'altra parte, inutili certe obbiezioni alla teoria dominante, che sono fondate tutte su un concetto troppo ristretto dell'atto a titolo oneroso in relazione all'art. 1235: così le osservazioni che gli oneri sono di valore troppo inestimabile e variabile, perchè possano costituire un corrispettivo, e che, comunque, il vantaggio non va al costituente.

Recentemente si è tentato di trovare un nuovo fondamento all'opinione dominante in base a queste considerazioni: la donna è pur essa tenuta a contribuire al mantenimento della prole ed anche agli altri carichi del matrimonio (art. 1423 e 1426 c. c. 1865, ora 205 e 209 c. c. l. I) in proporzione delle sue sostanze, computandosi però nel suo contributo i frutti della dote. Deriva da ciò che, per effetto della costituzione di dote, la donna è alleviata in tutto o in parte da detto contributo, ed il marito subisce l'aggravio corrispondente: il marito così perde, almeno in una certa misura, il diritto di esigere il contributo dalla moglie (36): questo sarebbe il sacrificio che egli subisce. Ma la perdita, da parte del marito, dell'accennato diritto in confronto alla moglie non è tanto un corrispettivo da lui prestato, quanto una semplice conseguenza della costituzione di dote. Inoltre questo argomento cade quando — come spesso succede nel caso di dote costituita da un terzo — la moglie non à mezzi propri.

Per quanto si è detto sopra è superata *a fortiori* quella teoria che ritiene che la dote è a titolo oneroso sia rispetto al marito che rispetto alla moglie (37).

Il risultato di questa antica e delicata disputa è che anche col nuovo codice la costituzione di dote deve ritenersi atto a titolo gratuito rispetto ad entrambi i coniugi, sì che quindi per la revoca basta provare la frode del costituente.

---

(35) Esposizione e critica di questa teoria in TEDESCHI, *Natura della costituzione di dote* cit., n. 15, p. 78. Cfr. anche BECHMANN, *Dotalrecht* cit., I, § 45, p. 196.

(36) TEDESCHI, art. cit., n. 15, p. 79; *Rapporti patrimoniali* cit., n. 64, p. 409 s.. *Contra*, ma senza motivare, ASCOLI, *Donazioni* cit., p. 83 s..

(37) LEONE, *La costituzione di dote anteriore al matrimonio è atto a titolo oneroso anche rispetto alla moglie agli effetti dell'art.* 1235 *del nostro codice*, *Filangieri* 1911, 517 ss.; ed alcuni autori francesi. In giurisprudenza: C. Palermo 30.8.1901, Merlini c. Farruzza, *Mon. trib.* 1901, 329; A. Catanzaro 7.7. 1931, La Rosa c. Belcaro, *Calabria giud.* 1932, 18.

Quanto alla costituzione di dote da parte della moglie, sembra si tratti di atto non revocabile, in quanto costituisce un modo di adempimento dell'obbligo derivante dalla legge di contribuire ai pesi del matrimonio (38).

76. — Altro grave problema è quello della determinazione del titolo gratuito o oneroso degli atti costitutivi di garanzia: concessione di pegno, di ipoteca, di anticresi, di fideiussione, di avallo. Il punto di partenza può esser questo, che l'atto costitutivo di garanzia si presenta per sè incolore rispetto alla gratuità e all'onerosità (39); la stessa legge guarda alla funzione sociale degli istituti di garanzia senza determinare di massima i caratteri dell'atto giuridico che li pone in essere. Perciò si deve ricercare il carattere di onerosità e di gratuità non nella costituzione della garanzia, ma nella fattispecie negoziale in cui essa si inserisce.

Il rapporto di garanzia è accessorio ad un rapporto di obbligazione; ciò non significa tuttavia che il negozio costitutivo della garanzia debba pur esso aver carattere accessorio, e che, perciò, si possa concludere senz'altro che il suo titolo è determinato dal titolo del negozio principale (40).

Occorre distinguere fra l'ipotesi che la costituzione di garanzia sia un elemento di una fattispecie negoziale in cui rientra anche l'atto costitutivo del rapporto principale, cioè l'ipotesi di contestualità vera e propria della garanzia, e l'ipotesi che la garanzia sia sorta per atto di volontà diverso — normalmente successivo, comunque non contestuale — da quello costituente il negozio principale. Nel primo caso non tanto è da parlare di un negozio accessorio quanto di un'inerenza della costituzione di garanzia ad un altro negozio; nel secondo caso invece la costituzione di garanzia è contenuto o parte del contenuto di un negozio autonomo (41): e in questa ipo-

---

(38) Su questo obbligo, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Poteri patrimoniali dei coniugi e ripartizione degli oneri matrimoniali*, *Riv. dir. priv.* 1935, I, n. 3, p. 38 ss.

(39) CARIOTA-FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia* cit., n. 8, p. 13; PUGLIATTI, *Sull'onerosità dell'avallo* cit., col. 88 s.

(40) CARIOTA-FERRARA, *Gratuità* cit., n. 11, p. 15 s.

(41) Solo in questa seconda ipotesi mi sembra si possa seguire il criterio proposto dal CARIOTA-FERRARA per stabilire la natura onerosa o gratuita del ne-

tesi è possibile porre un'indagine, autonoma rispetto a quella relativa al negozio principale, sul carattere gratuito o oneroso del titolo, secondo il criterio sopra accolto: vantaggio del solo garantito, o anche corrispondente vantaggio del garante (42). Probabilmente è da dire che la gratuità è un carattere naturale degli atti costitutivi di garanzia, in materia civile (43).

Si deve distinguere l'ipotesi che la garanzia sia prestata dal debitore da quella che la garanzia sia prestata dal terzo.

Se la costituzione di garanzia (reale) non contestuale da parte del debitore è atto a titolo gratuito perchè manchi la concessione di un vantaggio da parte del creditore, non occorre, nella revocatoria ordinaria in sede civile o fallimentare, dimostrare la malafede del creditore garantito (44); nella revocatoria fallimentare in questo caso, se la prestazione di garanzia sia avvenuta dopo la cessazione dei pagamenti, si rientra nella fattispecie dell'art. 707, 2° comma (45).

Se la garanzia è prestata da un terzo, può essere perseguito con

---

gozio di garanzia: vedere cioè se per la garanzia, come tale, sia dato un corrispettivo (*Gratuità* cit., n. 11, p. 16).

(42) Sostanzialmente in questo senso, SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 82; C. 18.7.1935, Monte dei Paschi di Siena c. Cassa risp. Reggio E., *Rep. Foro it.* 1935, 811 A; C. 24.4.1936, Fall. Banco merc. c. Banca dell'Umbria, *Ann. dir. comp.* XIII, parte II, p. 4 ed ivi nota di MONTEL, *Onerosità e gratuità dei negozi di garanzia,* il quale ritiene che la concessione di garanzia, contestuale o no, deriva sempre il suo titolo da quello del negozio principale: essa non fa che vincolare all'eventuale adempimento una parte del patrimonio che avrebbe potuto legittimamente formare oggetto di una definitiva *datio in solutum.*

(43) In questo senso deve ritenersi attribuito dalla dottrina il carattere della gratuità agli atti costitutivi di garanzia. Cfr., per quanto riguarda in ispecie la fideiussione, REDENTI, voce *Fideiussione,* in *Dizionario pratico del diritto privato,* III, Milano, 1923, n. 3; BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria* cit., n. 24, p. 102 s. Il PUGLIATTI, art. cit., col. 89, parla di una *praesumptio hominis* di gratuità nelle garanzie personali.

(44) Cfr., per tutti, CARIOTA-FERRARA, *Gratuità* cit., n. 16, p. 21; C. 14.2.1939, Banco Sicilia c. Schermi, *Foro it., Mass.* 1939, 107.

(45) Non intendo perchè il CARIOTA-FERRARA (*Gratuità* cit., n. 15, p. 21) giunga addirittura a negare rilievo alla distinzione fra onerosità e gratuità delle garanzie non contestuali nella revocatoria fallimentare, basandosi sul disposto dell'art. 709 n. 4, integrato dall'art. 9, 2° comma, della l. 1930: la fattispecie di queste norme non è assorbente di quella dell'art. 707, ma concorrente con essa; nè si intende perchè si dovrebbe dare un'interpretazione restrittiva di questo articolo.

la revoca sia il garantito a cui il pagamento abbia recato un vantaggio, sia il creditore che abbia ricevuto o pretenda il pagamento dal garante. Il titolo oneroso o gratuito deve essere dunque distinto nell'atto costitutivo della garanzia sia in rapporto al debitore che in rapporto al creditore.

Se la garanzia è concessa da un terzo, contestualmente o non contestualmente al negozio principale ed egli nulla riceve per la sua prestazione nè dal garante nè dal debitore, e poi in fatto paghi in luogo del debitore (questa è la condizione dell' *eventus damni*), si à un atto a titolo gratuito in confronto del debitore: occorre provare solo la frode del garante. Rispetto al creditore invece la garanzia, contestuale o no, è gratuita solo se, per essa, non è da lui dato alcun vantaggio al garante o anche al debitore (46): anche in questo caso basta provare la sola frode del garante.

È stato esattamente avvertito, specialmente per quanto riguarda l'avallo, che è sempre unilaterale, come negozio cambiario, che al negozio di prestazione di garanzia può essere applicabile la qualifica di atto a titolo gratuito o oneroso, secondo la figura del più vasto schema negoziale in cui esso si inserisce, anche se conserva la propria autonomia (47): in questo senso che se, ad esempio, in un negozio bilaterale una parte promette a titolo oneroso di prestare in futuro un avallo che poi effettivamente presta con un atto che è necessariamente autonomo, questo deve essere considerato a titolo oneroso.

77. — Il criterio di cui all'art. 1235, 2° comma, è certamente inapplicabile nel caso di sentenza impugnata con l'opposizione revocatoria, poichè qui l'atto impugnato non à carattere patrimoniale. Si deve tuttavia vedere quale deve essere stato il comportamento processuale del terzo, perchè si possa far luogo all'opposizione revocatoria.

L'art. 512 prevede che la sentenza sia stata effetto di dolo o collusione a danno dei creditori di una delle parti: occorre necessariamente la collusione del terzo col debitore, oppure è sufficiente il dolo del solo debitore? Prevale quest'ultima opinione (48).

(46) CARIOTA-FERRARA, *Gratuità* cit., n. 18, p. 23 s..

(47) PUGLIATTI, *Onerosità dell'avallo* cit., col. 90.

(48) MORTARA, *Commentario* cit., IV, n. 348, p. 536; GALLUPPI, *Opposizio-*

In senso contrario si è osservato non essere ammissibile che il vincitore possa perdere di fronte al terzo i vantaggi della cosa giudicata per un fatto non suo (49). Ma questo argomento non può aver peso di fronte alla lettera della legge: potrebbe sembrare altrettanto inammissibile che un donatario possa perdere di fronte al terzo i vantaggi della donazione per un fatto non suo; eppure è così.

Si è anche ricordato che il codice sardo espressamente richiedeva il dolo di entrambe le parti (art. 581 e segg. c. p. c. sardo 1859); ma, se mai, questo richiamo storico giova piuttosto all'opinione qui difesa, perchè, se la disposizione del nostro codice è diversamente formulata, vuol dire che si è voluto seguire una diversa via (50).

Comunque sembrano esatte le osservazioni addotte dal Carnelutti: se la legge distingue fra collusione e dolo, ci sarà un motivo; ed è conforme a ragione che, se il dolo del debitore, anche senza complicità del terzo, à per effetto una sentenza ingiusta, questa sia rescissa: il terzo innocente a cui, per dolo del debitore, sia riconosciuta per sentenza una proprietà che non gli spetta, non à ragione di lamentarsi (51).

78. — Revocato un atto fraudolento, l'acquirente non perde la facoltà di disporre dei suoi beni, fino a che questi non gli sono tolti per effetto dell'esecuzione forzata da parte del creditore agente. Il subacquirente acquista perciò validamente. Ma è possibile che, verificandosi certi presupposti, acquirente e subacquirente siano messi in condizione di non poter opporre l'alienazione da essi attuata, come debitore ed acquirente non possono opporre l'alienazione fraudolenta.

In questo caso, il conflitto fra l'avente causa dall'acquirente e il creditore è regolato con norme analoghe a quelle che sono stabilite per il conflitto fra il creditore ed il primo acquirente. Per rendersi conto di queste regole, bisogna tener presente che la legge dispone

---

*ne* cit., n. 201, p. 277; LIPARI, *Opposizione di terzo* cit., n. 5, p. 97; GUARNERI-CITATI, *Dolo processuale* cit., n. 36, p. 110 nota 2; e specialmente CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 595, p. 612.

(49) CHIOVENDA, *Principi* cit., § 86, p. 1016; ID., *Istituzioni* cit., II, n. 410, p. 564 s.; ALLORIO, *Cosa giudicata* cit., n. 197 nota 12, p. 324.

(50) GUARNERI-CITATI, op. l. cit.

(51) CARNELUTTI, op. l. cit.

un sistema di pubblicità della domanda di revoca, che, come meglio sarà precisato in seguito, à lo scopo di dare ai terzi legale conoscenza del pericolo che l'atto sia rescisso per frode, di costituirli perciò in mala fede. Conoscenza legale che si sostituisce alla prova della mala fede, richiesta per l'acquirente a titolo oneroso, e perciò facilita l'estensione degli effetti della revoca ai terzi subacquirenti.

L'art. 1235, u. c., distingue la posizione degli aventi causa dall'acquirente secondo che il loro titolo è precedente o successivo alla trascrizione della domanda di revoca: la legge prevede solo l'ipotesi più comune che la revoca abbia per oggetto alienazioni di immobili, e perciò pone le regole della pubblicità immobiliare. Ma la posizione dei subacquirenti di mobili è la stessa, in relazione a quella forma di pubblicità mobiliare che è il sequestro giudiziario, il quale, come si vedrà, può essere chiesto dal creditore che impugna per frode un'alienazione di mobili (cfr. n. 82).

È inoltre da osservare che i subacquirenti di un bene mobile non possono opporre ai creditori revocanti di essere tutelati in forza dell'art. 707 c. c.; poichè il creditore non solo non impugna il titolo di acquisto nella sua validità, ma anzi su questa fonda la sua stessa azione (52).

Quanto agli immobili, se il subacquirente à acquistato prima della trascrizione della domanda di revoca, questa produce effetto in suo confronto solo se gli si possa imputare la c. d. partecipazione alla frode: mancando questa partecipazione, il terzo acquista senza correre alcun pericolo. Tale è la regola che si desume dalla lettura dell' art. 1235, u. c..

È chiaro, innanzitutto, che il terzo deve aver acquistato un diritto reale sul bene già alienato in frode (53). Questo principio indiscutibile è stato recentemente applicato dalla Cassazione ad una specie di nuovo genere, con conseguenze che sembrano errate, perchè errato è il presupposto da cui parte il ragionamento. Il Supremo Collegio, muovendo dalla sua ormai costante opinione che la massa fallimentare abbia un diritto reale sul patrimonio del fallito, à rite-

---

(52) N. Coviello, *L'ultimo capoverso dell'art.* 1235, *Filangieri* 1892, p. 368 s.; Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato italiano*, 3ª ed., 2ª rist., a cura di Vassalli, Roma, 1927, p. 376; Andrioli, *Azione revocatoria* cit., n. 11, p. 50 s.

(53) Coviello, *Trascrizione* cit., II, n. 390, p. 633 s.

nuto che, se sia revocata per frode un'alienazione a favore di una società (conferimento di immobili), ma questa sia stata dichiarata fallita prima della trascrizione della domanda di revoca, il curatore può invocare il disposto dell'art. 1235, u. c., per evitare che il creditore sottoponga ad esecuzione il bene alienato in frode, ed ora pertinente alla massa (54). La manifesta ingiustizia della conclusione doveva far dubitare dell'esattezza della premessa.

È discusso se la posizione del subacquirente sia proprio la stessa del primo acquirente. La questione si deve porre in termini diversi per i subacquirenti a titolo oneroso e per quelli a titolo gratuito.

Subacquirenti a titolo oneroso. Se si dovesse seguire quella dottrina che nel fatto del primo acquirente vede un illecito, anzichè una semplice mala fede, non si potrebbe spiegare perchè, non potendosi certo parlare di un illecito del subacquirente, sia sacrificato il suo diritto, invece di quello del primo acquirente, a cui l'illecito invece sarebbe imputabile: a qual titolo si trasferisca cioè la responsabilità. Viceversa se si identifica la c. d. partecipazione alla frode, sia dell'acquirente che del subacquirente, nella mala fede, è chiaro che il trasferirsi da uno ad altro acquirente dell'inopponibilità deriva sempre dalla conoscenza dell'illecito del debitore: la mala fede non è che una condizione per cui non opera la tutela a favore del terzo.

Deve ritenersi che sia sufficiente nel subacquirente la conoscenza della frode del debitore primo alienante, e non anche della mala fede del suo dante causa, e in genere degli acquirenti intermedi (55). Ponendo questo ulteriore requisito, si diminuisce in modo intollerabile la tutela del creditore, addossandogli l'onere di una prova che può essere difficilissima; e si va contro la *ratio* per cui è richiesta la mala fede dell'acquirente a titolo oneroso: se il subacquirente sa che il bene è stato *una volta* illecitamente alienato, ciò basta perchè il suo interesse possa essere sacrificato.

Non à bisogno di commenti l'osservazione che la tutela del-

---

(54) C. 21.7.1938, Gravina c. Banco di Sicilia, *Sett. Cass.* 1938, 1312. Contro l'opinione che la massa dei creditori sia titolare di un diritto reale sul patrimonio del fallito, cfr., da ultimo, PUGLIESE, *Fallimento e atto non trascritto, Riv. dir. comm.* 1938, II, 77.

(55) COVIELLO, *Trascrizione* cit., II, p. 392, p. 642 s.. *Contra*: AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 140 nota 3.

l'interesse del terzo acquirente a titolo oneroso in buona fede non è condizionata alla trascrizione del suo atto d'acquisto, poichè il creditore non è terzo a sensi dell'art. 1942 (56).

Subacquirenti a titolo gratuito. Dalla lettera dell'art. 1235, u. c., essi sembrerebbero protetti più intensamente dei primi acquirenti a titolo gratuito, perchè l'estensione della revoca in loro confronto sembrerebbe condizionata all'accertamento della mala fede. E la dottrina dominante dà questa interpretazione, che certo è conforme alla lettera della legge, appoggiandosi specialmente sulle parole *in ogni caso* (57). Ma si tratterebbe di una regola così ingiusta, così contraria al sistema — come del resto si riconosce — che bisogna cercare se vi sia un modo di giungere ad un'interpretazione restrittiva della lettera dell' art. 1235, u. c..

Certo però questa interpretazione restrittiva non si può giustificare di fronte ad un'esplicita disposizione di legge, come si è tentato di fare anche da un recente autore (58), con semplici richiami al diritto comparato e alla storia legislativa dell'istituto.

Io credo che soltanto con un'interpretazione storica della norma, risalendo cioè ai principi dogmatici, oggi superati, che il nostro legislatore ebbe presenti al momento in cui formulò la norma stessa, si possa giungere all' interpretazione restrittiva dell'art. 1235, u. c.. Il nostro legislatore considerò il terzo acquirente o subacquirente a titolo gratuito partecipe della frode per il solo fatto che acquistava a titolo gratuito, prescindendo da qualsiasi prova della malafede. Si ammetteva una presunzione *iuris et de iure* di frode: è questa la

---

(56) N. COVIELLO, *L'ultimo capoverso* cit., p. 358 s.; ID., *Trascrizione* cit., II, n. 391, p. 634 ss.; LUZZATI, *Trascrizione* cit., II, n. 136, p. 147 s. *Contra*: BREZZO, *Sulla condizione de' terzi mediati di fronte agl'istituti dell'azione revocatoria e della trascrizione, Giur. it.* 1895, IV, 31 s.

(57) GIORGI, *Note* cit. su MAIERINI, p. 370 ss.; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 405, p. 845 s.; COVIELLO, *L'ultimo capoverso* cit., p. 301 s., p. 353 ss.; ID., *Trascrizione* cit., II, n. 394, p. 647 ss.; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 106 ss.; CICU, *Obbligazione* cit., p. 74 ss. *Contra*: MAIERINI, *Revoca* cit., n. 94, p. 358 s.; BREZZO, *Revoca* cit. n. 92, p. 151; ID., art. cit., col. 22 ss.; AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 140 s.

(58) AULETTA, op. cit., p. 141. Allo stesso modo sono insufficienti, contro la lettera della legge, le considerazioni di carattere sistematico e pratico del BREZZO, art. l. cit..

*ratio* che à dettato il disposto dell'art. 1235, 2° comma (59). E se anche oggi questa *ratio* non può valere come giustificazione dogmatica del diverso criterio formulato dall'art. 1235, 2° comma, per gli atti a titolo gratuito ed oneroso, essa vale per dare la giusta estensione ad una regola che deriva da quella *ratio,* e che, altrimenti interpretata, sarebbe del tutto ingiusta.

Se l'acquisto ulteriore sia avvenuto dopo la trascrizione della domanda di revoca, e la revoca sia pronunciata, il subacquirente subisce l'effetto della revoca, senza che abbia più rilevanza la distinzione fra acquirenti a titolo gratuito ed acquirenti a titolo oneroso; e senza che sia necessaria alcuna pronuncia del giudice. Difatti, la prova legale della conoscenza dell'illecito del debitore, data dalla trascrizione, farebbe sì che ogni giudizio, poichè si chiuderebbe invariabilmente con la pronuncia dell'inefficacia dell'acquisto successivo alla trascrizione in rapporto al creditore agente, sarebbe inutile.

---

(59) Cfr. il passo della *Relazione ministeriale* sul progetto del 3° libro del c. c. 1865, riportato alla nota 6 di questo capitolo.

## Capitolo V.

# L'AZIONE REVOCATORIA

SOMMARIO: 79. Limiti dell'indagine. — 80. Legittimazione attiva; in ispecie, rispetto alla revocatoria ordinaria in sede fallimentare. — 81. Legittimazione passiva: il debitore. — 82. Legittimazione passiva: l'acquirente ed, eventualmente, i subacquirenti. Effetto della trascrizione della domanda. Ammissibilità del sequestro giudiziario a tutela del creditore che impugna un'alienazione di beni mobili determinati. — 83. Competenza per territorio e per valore. — 84. Riconvenzione ed eccezione revocatoria. — 85. Regime della prova nel giudizio di revoca. — 86. Prescrizione dell'azione revocatoria.

79. — La revoca di un atto fraudolento è sanzione che può essere attuata ad iniziativa del titolare del diritto di garanzia, in quanto l'obbligo corrispondente sia stato violato dal debitore. In questo capitolo si debbono esaminare le norme con cui la revoca si attua, e, poichè è pacifico che essa si attua soltanto in seguito ad una azione del creditore, le norme secondo le quali questa si svolge.

Data l'indole del presente studio, l'indagine in questione è limitata a quei punti che rivestono un particolare interesse rispetto ai caratteri fondamentali dell'istituto, oppure sono oggetto di speciali norme o di controversie nella dottrina e nella giurisprudenza. Precisamente esaminerò i problemi della legittimazione attiva e passiva e dell'efficacia processuale della trascrizione della domanda di revoca; della competenza; della eccezione revocatoria; del regime della prova; ed infine della prescrizione dell'azione revocatoria.

80. — La legittimazione processuale attiva all'azione revocatoria ordinaria spetta indiscutibilmente al creditore: in mancanza di

una contraria disposizione di legge si deve ritenere legittimato ad agire in giudizio il soggetto del diritto che l'azione tende a tutelare (1); e si è visto che titolare del diritto di garanzia è sempre il creditore e solo lui (cfr. n. 34).

Nella revocatoria fallimentare, sebbene i soggetti del diritto tutelato siano sempre i creditori, la legittimazione attiva spetta esclusivamente al curatore.

Così certamente si deve ritenere per l'ipotesi prevista nell'art. 709: la legge tace su questo punto, ma la soluzione accennata non può esser dubbia, poichè la legge stessa parla di annullamento rispetto alla massa.

Meno certo è invece se nell'ipotesi dell'art. 708 la legittimazione spetti al curatore oppure al creditore singolo. Contro l'opinione, accolta quasi universalmente, che anche qui la legittimazione spetti unicamente al curatore (2), è insorto recentemente il Candian, sostenendo che il rimedio di cui all'art. 708 è la revocatoria ordinaria esperibile anche in sede fallimentare da chiunque sia titolare di un credito anteriore all'atto impugnato (3).

Mentre l'opinione comune si giustifica in base al principio che ai creditori è tolta la legittimazione ad ogni azione esecutiva o anche semplicemente assicurativa del credito, l'autore sopra ricordato obbietta: la *par condicio creditorum* è assicurata dalla legge nei soli limiti della revocatoria fallimentare, e cioè solo dopo la data della cessazione dei pagamenti: effetti così ampi della revoca sono am-

---

(1) BETTI, *Diritto processuale* cit., n. 37, p. 160 s.

(2) BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 403, p. 841 s.; A. BRUNETTI, *Lezioni sul fallimento*, Padova, 1936, litogr., n. 42, p. 108 s.; NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 280, p. 342 s.; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 31, p. 118 ss.; C. 13.6.1939, De Maio c. Fall. Impresa Rossi, *Mass. Foro it.* 1939, 399; C. 29.7. 1938, Rumi c. Banca pop. Lecco, *Mass. Foro it.* 1938, 637; C. 10.5.1935, Soc. Esercenti S. Sepolcro c. Morreale, *Foro it.* 1935, I, 995; A. Milano 6.4.1934, stesse parti, *Mon. Trib.* 1935, 31; A. Firenze 29.3.1930, Barcati c. S.C.A.F., *Rep. Foro it.* 1930, 501 E. Cfr. anche C. 14.1.1933, Arienzo c. Manganelli, *Foro it.* 1933, I, 1052, che dichiara legittimo l'intervento in appello del curatore, sostituitosi al creditore appellante nella revocatoria ordinaria instaurata prima della pronuncia di fallimento. Per la dottrina francese, sulla legittimazione attiva nella revocatoria ordinaria in sede fallimentare, nel senso del testo, cfr. PERCEROU, *Faillites* cit., I, n. 745, p. 1014 ss., ed ivi copiosi riferimenti.

(3) *Fallimento* cit., n. 164 s., p. 219 ss., con qualche raro precedente nella giurisprudenza.

missibili soltanto rispetto agli atti compiuti dopo tale data. Inoltre, facendosi profittare dei risultati della revoca tutti i creditori e quindi anche quelli aventi titolo posteriore all' atto impugnato, si va contro il presupposto fondamentale che la revoca giova ai soli creditori anteriori; nè d'altra parte sarebbe ammissibile nella nostra legge una scissione, a questo effetto, della creditoria in due masse, una dei creditori anteriori ed una dei creditori posteriori.

Non sembra che questa dottrina possa essere seguita. Le critiche del Candian dimostrano certo l'insostenibilità della tesi dominante, poichè si deve ritenere fondata l'osservazione che il principio della *par condicio creditorum* è attuato per effetto della revoca fallimentare limitatamente al periodo successivo alla data della cessazione dei pagamenti (4); ma non sembra si possa da ciò dedurre senz'altro che solo il singolo creditore per titolo anteriore è legittimato all'azione ex art. 708 c. co..

Mi pare che la costruzione sopra tentata della revocatoria prevista in questa norma (cfr. n. 43) sfugga alle critiche ora ricordate ed insieme salvi il principio della legittimazione esclusiva del curatore: gli effetti della revoca profittano a tutti i creditori facenti parte della massa, e così è rispettata la regola della *par condicio creditorum* in sede di *esecuzione* fallimentare; ma sono limitati all'entità del danno subito dai creditori per titolo anteriore all'atto fraudolento, e così non si attua la *par condicio* in un periodo antecedente alla data della cessazione dei pagamenti. Il curatore agisce in luogo di tutti i creditori, ma non può ottenere una sanzione in misura maggiore del danno che l'illecito del debitore à arrecato ai creditori esistenti nel momento in cui fu commesso.

Bisogna certo riconoscere che la possibilità di concorso di tutti i creditori sui beni che la revoca assoggetta all'esecuzione fallimentare rappresenta un parziale offuscamento del principio dell'anteriorità; ma si tratta di una conseguenza necessaria della solidarietà della tutela attuata nel fallimento.

---

(4) Cfr. n. 65. Contro la limitazione della *par condicio* solamente a questo periodo, cfr. BRUNETTI, *Lezioni sul fallimento* cit., n. 42, p. 108 s.. Cfr. in vario senso, contro la tesi del CANDIAN, ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 31, p. 118 ss.; ID., *Note* a BONELLI, n. 403 nota 8, p. 842; CRISTOFOLINI, *Azione revocatoria individuale e fallimento*, *Riv. dir. proc. civ.* 1935, II, 153 ss.; ALLORIO, *Cosa giudicata* cit., n. 105, p. 188 ss.

Per quanto concerne il principio dell'esclusività della legittimazione attiva del curatore, non sembra che gli argomenti addotti dal Candian siano bastanti per ritenerlo inapplicabile alla specie. In particolare, dire che il principio stesso deve essere coordinato con il principio dell'anteriorità del credito, è petizione di principio, perchè è richiamato come argomento proprio il *thema probandum*, e cioè che nella revocatoria fallimentare sussiste la regola dell'anteriorità. Comunque, è da osservare che l'esigenza della legittimazione esclusiva del curatore è confermata testualmente dallo stesso art. 708, in quanto dispone che gli atti ecc. «*devono* essere annullati». Qui è chiaro il riferimento al potere-dovere di agire a tutela dei creditori, spettante al curatore; mentre sarebbe assurdo che la legge dicesse che i singoli creditori sono obbligati a chiedere la tutela di un proprio diritto.

Non credo che rientri in questo studio l'esame del rapporto in forza del quale il curatore è investito della legittimazione processuale alla revocatoria in luogo dei creditori: il problema attiene alla determinazione della figura giuridica del curatore (5).

81. — Soggetto passivo necessario del giudizio di revoca è innanzitutto il debitore (6).

---

(5) Cfr., in vario senso, su questo punto: NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 139 ss., p. 171 ss.; CANDIAN, *Fallimento* cit., n. 88 ss., p. 126 ss.; CUZZERI e CICU, *Fallimento* cit., n. 309, p. 268 s.; BONELLI, *Fallimento* cit., II, n. 474 ss., p. 15 ss., ed ivi ANDRIOLI, n. 477 nota 2 *bis*, p. 24 s.; GHIDINI, *Sul curatore del fallimento, Temi em.* 1933, II, 41 ss.. In particolare, per quanto concerne la posizione del curatore rispetto all'esercizio della revocatoria, non sembra si possa accogliere nè l'opinione del SATTA (*Regola giuridica del fallimento* cit., *Riv. dir. comm.* 1939, II, n. 5, p. 331 ss.), che parla di un potere del curatore in quanto amministratore del fallito, analogo al potere del tutore di chiedere la nullità di un atto dell'interdetto; nè l'opinione dell'ALLORIO (*Cosa giudicata* cit., n. 105, p. 187 s.), che attribuisce al curatore una ragione propria, fondata su ciò che il fallimento sarebbe un avente causa necessario del fallito. Nè l'una nè l'altra opinione tiene presente che la revocatoria è repressione di un illecito del debitore a tutela dei creditori.

(6) E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, n. 75, p. 114 ss.; SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1919, p. 156; CICU, *Obbligazione* cit., p. 67; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 37, p. 142 s. *Contra*: MAIERINI, *Revoca* cit., n. 91 s., p. 354 s.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 111, p. 192; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 958, p. 262.

La contraria opinione, che ritiene possibile la proposizione della domanda solo in confronto dell'acquirente, non sembra esatta. Essa deriva dalla dottrina che vede il fondamento della revocatoria in un atto illecito o in un indebito arricchimento del terzo. Invece, ove si ricordi che il debitore è un soggetto necessario, di diritto materiale, della revoca (cfr. n. 37), e che nel giudizio relativo deve risolversi un conflitto di interessi non solo fra creditore e terzo ma anche fra creditore e debitore (poichè questi à bene interesse che la efficacia del suo atto di alienazione sia protetta *erga omnes*), sembra che in nessun modo si possa prescindere dalla presenza del debitore nel processo di revoca. Contro l'opinione qui sostenuta non vale obbiettare che la revoca non tocca l'efficacia dell'atto fra le parti, ma solo rispetto ai creditori agenti; poichè, dall'azione esecutiva da essi promossa in seguito alla revoca, possono essere modificati anche i rapporti fra le parti (evizione, n. 107); ed in ogni caso i presupposti della revoca devono essere sempre contestati anche in confronto al debitore (7).

Tutto ciò vale, a quanto mi sembra, anche nella revocatoria fallimentare. Nella pratica invece si vede regolarmente che nè il curatore agente cita il fallito nè il giudice ne ordina l'intervento, nè, naturalmente, il fallito si cura di chiedere che sia ammesso il suo intervento. Eppure egli è parte nel rapporto materiale e deve essere parte nel processo, come nel caso della revocatoria ordinaria.

---

Il Giorgi (*Note* cit. su Maierini, p. 364, e *Obbligazioni* cit., II, n. 363 *bis*, p. 491) ritiene necessaria anche la citazione del *fraudator*, quando questi abbia interesse diretto nel giudizio. La giurisprudenza prevalente ritiene necessaria la presenza del debitore nel giudizio di revoca: A. Torino 6.3.1933, Bellani c. Bossone, *Giur. tor.* 1933, 1135; T. Napoli 21.2.1930, Spasiano c. Soc. La Tecnica, *Dir. e giur.* 1930, 168; A. Venezia 8.3 1928, Banca Maniago c. Giordani, *Rep. Foro it.* 1928, 790 B.

(7) Nel senso del testo, cfr. recentemente C. 27.7.1938, Franciosi c. Marcozzi, *Sett. Cass.* 1939, 66. Nella specie, in un giudizio d'appello per la revoca di una donazione era stato citato il solo acquirente, per essere morto il debitore, e per avere il suo erede rinunciato all'eredità. Il supremo Collegio à ritenuto che il giudice doveva disporre d'ufficio l'integrazione del giudizio nei confronti degli altri eredi, e, ove questi non fossero noti, doveva provocare la nomina di un curatore dell'eredità giacente a norma dell'art. 980 s. c. c. Decisione esatta, in quanto si ritenga, con la giurisprudenza dominante, che al giudice spetti il potere di integrare il giudizio ordinando la citazione di un litisconsorte necessario: cfr. nota 11.

In quella fallimentare non si potrebbe mai pensare ad una legittimazione passiva dello stesso curatore; non solo perchè, in tal caso, una medesima persona si troverebbe investita contemporaneamente di una legittimazione attiva e passiva nello stesso processo (8), ma anche perchè si verifica nella specie l'ipotesi prevista nell'art. 699, 4° comma, c. co.: collisione di interessi fra il fallito ed il curatore (9).

Si dice allora che il curatore è tenuto a citare soltanto l'acquirente, ma che il fallito può intervenire con l'autorizzazione del tribunale o questo può ordinare il suo intervento (10). A mio sommesso avviso, nonostante la lettera dell'art. 699, il tribunale deve ordinare l'intervento in causa del fallito, ove questi non sia stato citato dal curatore, oppure deve rigettare la domanda allo stato degli atti; poichè il fallito stesso è parte in senso sostanziale, e perciò deve essere messo in grado di difendersi; il suo intervento è un intervento principale *iussu iudicis* (11). Da ciò segue che il curatore, proponendo la revocatoria, deve citare anche il fallito, se non vuole andare incontro, nella migliore delle ipotesi, ad un'interlocutoria diretta all'integrazione del giudizio.

82. — È pacificamente riconosciuto che l'acquirente è soggetto passivo necessario di qualsiasi specie di giudizio di revoca: l'inefficacia dell'atto di alienazione deve essere pronunciata anche in suo confronto, perchè egli è il destinatario degli effetti patrimoniali di quell'atto.

Per quanto concerne i subacquirenti, bisogna distinguerli in

---

(8) Andrioli, *Azione revocatoria* cit., n. 38, p. 146.

(9) Bonelli, *Fallimento* cit., I, n. 288, p. 654; Andrioli, op. l. cit.

(10) Andrioli, op. cit., n. 39, p. 146.

(11) A questa conclusione si può arrivare in quanto si ritenga che l'intervento ordinato d'ufficio (art. 205 c. p. c.) sia diretto ad integrare un litisconsorzio necessario. In questo senso: Redenti, *Giudizio civile con pluralità di parti* cit., n. 185 ss., p. 310 ss., e la giurisprudenza dominante, citata in Betti, *Diritto processuale* cit., n. 82, p. 306 nota 5; e qui dottrina, che in genere è in senso contrario. Da ultimo, pure in senso contrario, Satta, *L'intervento ordinato dal giudice, Studi Sassaresi*, XVI, 1938 (*Studi in onore di Mancaleoni*), p. 573 ss.. Ma l'opinione più convincente è ancora quella del Redenti.

due categorie: quelli che ànno acquistato prima della trascrizione della domanda di revoca, e quelli che ànno acquistato dopo.

I primi devono partecipare al giudizio di revoca, oppure si deve provocare in loro confronto un apposito giudizio di revoca. Si è visto altrove quali sono i presupposti della revoca rispetto ai subacquirenti (cfr. n. 78).

Riguardo agli altri, è da ricordare che la trascrizione della domanda di revoca, trattandosi di beni immobili, à funzione di pubblicità della domanda stessa: così vi è la prova legale che i terzi sono messi in guardia dall'acquistare dall'avente causa dal debitore, altrimenti vengono a trovarsi nella sua stessa situazione. L'accennata pubblicità equivale ad accertamento della sussistenza della mala fede da parte del subacquirente, e gli effetti della revoca si estendono a coloro che ànno acquistato dopo la trascrizione, senza che sia necessaria una nuova pronuncia di revoca in loro confronto (12).

La trascrizione della domanda è facoltativa: ciò si deduce dallo stesso art. 1933 c. c., secondo il quale la trascrizione deve essere chiesta per conseguire gli effetti speciali stabiliti dalla legge, e perciò, nella nostra ipotesi, l'effetto di porre in essere una prova legale della conoscenza del carattere fraudolento dell'alienazione compiuta dal debitore. Ciò significa che la parte à solo un onere, non un obbligo, di trascrivere: mancando la trascrizione, non à luogo la protezione di un interesse della parte stessa (13).

S'intende che la trascrizione della domanda di revoca è efficace in quanto passi in giudicato la sentenza di revoca; mentre deve essere cancellata, e resta così inefficace, nel caso che l'attore receda dalla domanda, o questa sia rigettata o sia perenta l'istanza (art. 1945 c. c.).

È bene avvertire che nelle nuove provincie, dove vige, invece

---

(12) N. Coviello, *Trascrizione* cit., II, n. 395, p. 659; C. 31.7.1936, Sismondi c. Fall. Borello, *Foro it.* 1936, I, 1470.

(13) Non contrasta a quanto è detto nel testo il disposto dell'art. 20 r. d. 31.12.1923, n. 3272, contenente il testo unico delle leggi sulle tasse ipotecarie, dal quale risulta che vi è un obbligo di trascrivere anche la domanda di revoca, poichè tale obbligo è di natura puramente fiscale, e non riguarda i lineamenti civilistici dell'istituto.

della trascrizione, il sistema austriaco dell'intavolazione con alcune modifiche, non è applicabile il disposto dell'art. 1235, u. c. (art. 7 r. d. 28.3.1929, n. 499). Dispongono, per altro, in senso analogo gli art. 20 lett. f) e 61-68 del nuovo testo generale sui libri fondiari, allegato al r. d. 28.3.1929 citato (14).

L'iscrizione tavolare della domanda di revoca rientra nella categoria delle *annotazioni* (art. 8 della legge cit.): « per effetto di questa annotazione la sentenza che definisce la lite sarà efficace anche nei confronti di coloro, che abbiano conseguito diritti tavolari dopo la presentazione della domanda di annotazione » (art. 61, 2° comma, l. cit.).

Nella nostra legge, come manca in genere un regime di pubblicità dei fatti giuridici concernenti la circolazione dei beni mobili (salvo che per alcune categorie speciali di essi), così manca un'espressa norma ammissiva di una pubblicità della domanda di revoca, che sia diretta contro l'alienazione di una cosa mobile determinata. In pratica la revoca non funziona in questa ipotesi, perchè (a parte il fatto che i mobili sono di solito facilmente occultabili), nel caso che l'acquirente dal debitore alieni la cosa ad un terzo, si ritiene impossibile — se l'alienazione è a titolo oneroso — stabilire una prova legale della mala fede del primo e dei successivi eventuali subacquirenti.

Tuttavia, considerando che rispetto alla condizione giuridica dei beni mobili, il regime del possesso funziona come indice di pubblicità dei fatti interessanti la circolazione degli stessi, è da vedere se vi sia nella nostra legge qualche istituto che, mediante uno spossessamento dell'avente causa dal debitore, impedisca una nuova alienazione del bene, o, almeno, l'atto traslativo conseguente alla stessa, finchè non sia possibile l'esercizio dell'azione esecutiva sul mobile alienato, in conseguenza della pronuncia di revoca.

Tale provvedimento non può essere che il sequestro. Ma è consentito che questa misura cautelare sia applicata nella fattispecie? Si

---

(14) Il testo originario è quello della legge austriaca 25.7.1871 (*Bollettino delle leggi dell'Impero,* 1871, n. 95). Più ampio commento delle disposizioni concernenti la revoca nel sistema tavolare italiano in Bresch, *Le nuove leggi sui libri fondiari nella Venezia Giulia e Tridentina,* Padova, 1932, n. 37 ss., p. 62 ss.

può osservare che uno dei presupposti in base ai quali può farsi luogo al sequestro conservativo è il pericolo, in cui versi il creditore, di perdere le garantie del credito (art. 924 c. p. c.); e vi è stato chi à voluto vedere in questo tipo di sequestro la tutela del creditore nel caso di alienazione fraudolenta di cose mobili determinate (15). Ma non sembra che quest'opinione sia fondata. Il sequestro conservativo, proprio perchè è dato per la conservazione di garanzie attuali che potrebbero essere sottratte, colpisce soltanto le cose che sono nel patrimonio del debitore (16); mentre la cosa alienata in frode è nel patrimonio del terzo acquirente.

Credo che invece possa servire allo scopo il sequestro giudiziario: l'ampiezza della fattispecie prevista nell'art. 921 c. p. c. consente che in essa sia fatta rientrare anche l'ipotesi in esame. La soluzione qui proposta corrisponde a quella tendenza, oggi dominante nella giurisprudenza, e seguita anche dalla dottrina, che dà un'interpretazione molto ampia al disposto dell'art. 921, ammettendo il sequestro giudiziario a tutela di un semplice interesse, in base ad un criterio generico di opportunità, desunto dalle condizioni delle cose o delle persone (17). Anche in questo caso la pubblicità è ottenuta con una modifica del regime del possesso della cosa.

Il sequestro giudiziario di cui qui è cenno, è bene ripeterlo, spetterebbe al creditore vittima della frode contro l'acquirente dal debitore per prevenire una nuova alienazione da parte di quello. Altra

---

(15) Cfr. N. Coviello, *L'ultimo capoverso* cit., XII, p. 370.

(16) Cfr. Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo,* Torino, 1926, n. 54, p. 284 s..

(17) C. 27.7.1938, Manni c. Pagani, *Rep. Giur. it.* 1938, 839, n. 37; A. Brescia 16.3.1938, Santoni c. Bonichini, *Foro Lomb.* 1938, II, 138; A. Palermo 30.7. 1937, S. A. Industriale c. Aiello, *Rep. Giur. it.* 1938, 839, n. 31; C. 19.7.1937, Poggiani c. Scudellari, *Rep. Foro it.* 1937, 1791 E; A. Trieste 7.1.1936, Cudicio c. Saccavini, *Foro Ven.* 1936, 251. In dottrina: Coniglio, *Sequestro giudiziario* cit., 38, p. 264 s.; Chiovenda, *Istituzioni* cit., I, n. 84, p. 254; Invrea, *Ancora il sequestro giudiziario a tutela del creditore, Riv. dir. proc. civ.* 1936, II, 53 ss.. *Contra,* per un'interpretazione assai più rigorosa dell'art. 921 c. p. c., Gianzana, *Il sequestro giudiziario e conservativo,* 3ª ed., Torino, 1884, n. 17, p. 30. Ammette espressamente il curatore del fallimento che à proposto la revocatoria a chiedere il sequestro giudiziario dei beni alienati in frode, la sent. C. 18.12.1929, Fall. Galeotti c. Galeotti, *Giur. it.* 1930, I, 1, 79.

questione, estranea a questo studio, è se lo stesso rimedio possa spettare al creditore contro il debitore per prevenire un'alienazione fraudolenta da parte di questo (18).

83. — Delle varie questioni in tema di competenza, che possono sorgere intorno alla revoca, accennerò soltanto alle principali (19).

La competenza per territorio è regolata dal principio che la revocatoria, essendo un'azione personale (20), a sensi dell'art. 90 c. p. c. deve essere proposta avanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui à domicilio o residenza il debitore oppure l'acquirente (art. 98 c. p. c.) (21). Si insegna invece dalla dottrina dominante che l'azione deve essere proposta nel luogo del domicilio o della residenza dell'acquirente, in quanto non si ritiene necessaria la partecipazione del debitore (22).

Alla regola accennata fa eccezione il caso in cui la revocatoria sia attratta da una competenza funzionale. Tale è quella del tribunale avanti al quale si svolge l'esecuzione concorsuale (art. 685 c. co.) e, per l'opposizione revocatoria, la competenza del giudice che à pronunziato la sentenza impugnata (art. 511 c. p. c.).

Quanto alla competenza per valore in tema di revocatoria ordinaria, è grave questione se la competenza stessa si determini in base al valore del bene oggetto del negozio impugnato, o al valore del credito a tutela del quale si agisce, o al minor valore fra l'uno e l'altro.

Poichè l'oggetto della domanda è la pronuncia di inefficacia di

---

(18) In senso affermativo, Invrea, scritto cit.. Quest'opinione non sembra però sostenibile. Credo che il miglior modo di prevenire un'alienazione fraudolenta sia quello di costituire in mala fede il presunto acquirente con una diffida, con la quale lo si porta a conoscenza dell'esistenza del credito e della situazione patrimoniale del debitore.

(19) Più ampiamente su questo argomento, Andrioli, *Azione revocatoria* cit., n. 34 s., p. 137 ss.

(20) Oggi questa proposizione non è dubbia; ma è stata il tema di controversie secolari: cfr. Maierini, *Revoca* cit., n. 12 ss., p. 28 ss.; ed ivi, Giorgi, *Note*, p. 58 ss.

(21) Sull'inapplicabilità dell'art. 93 c. p. c. (competenza del *forum rei sitae*), cfr. da ultimo C. 27.1.1939, Gasti c. Vandero, *Sett. Cass.* 1939, 324.

(22) Maierini, *Revoca* cit., n. 24, p. 69 s.; Butera, *Azione pauliana* cit., n. 83, p. 357 ss.

un atto giuridico, e non una pronuncia concernente direttamente il credito, e poichè il valore delle azioni tendenti ad una sentenza costitutiva è determinato dal valore dell'oggetto del rapporto giuridico che sono dirette a modificare (23), a mio avviso la competenza si deve determinare in base all' intero valore dell' oggetto dell' atto fraudolento (24).

Un'altra opinione vuole che la competenza si misuri sull' entità del credito che si vuole tutelare (25). A mio sommesso avviso quest'opinione non à fondamento nella legge. Essa è fondata sull'idea erronea (cfr. n. 105) che la revoca produca un'inefficacia dell'atto impugnato nella misura dell'ammontare del credito, a cui tutela è esperita la revocatoria. Nè vale il richiamo, che si è recentemente fatto dal Carnelutti, ad un'applicazione analogica del disposto dell'art. 75 n. 1 c. p. c., secondo il quale nelle controversie per sequestro o pignoramento il valore della causa si determina dal credito per cui si procede a questi atti, se si contende intorno al diritto del sequestrante o del pignorante. Di fatti, anche a voler prescindere da ogni discussione sulla funzione della revoca, è chiaro che manca nelle due ipotesi quella somiglianza di *ratio*, in base alla quale si rende possibile l'interpretazione analogica; poichè nell'azione revocatoria non è controverso il credito a tutela del quale essa è promossa, ma l'efficacia di un atto del debitore.

Dalle stesse considerazioni discende pure l'erroneità dell'opinione, secondo la quale si deve aver riguardo al valore minore fra quello dell'oggetto dell'atto impugnato e quello del credito (26).

Nella revocatoria fallimentare la competenza è sempre, come si

---

(23) CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., II, n. 186, p. 163 s..

(24) GIORGI, *Note* su MAIERINI, p. 100 s.; ID., *Obbligazioni* cit., n. 363 *bis*, p. 492; MORTARA, *Commentario* cit., II, n. 45, p. 64 s.; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 35, p. 140 ss., fondandosi specialmente su considerazioni di ordine pratico; C. 27.1.1939, Gasti c. Vandero, *Sett. Cass.* 1939, 324, che ritiene non avere alcuna rilevanza il maggior valore che eventualmente sia stato attribuito, a fini fiscali, all'immobile alienato, dall'Ufficio del Registro.

(25) C. Firenze 4.5.1914, Casini c. Banco di Roma, *Foro it.*, 1914, I, 687; CARNELUTTI, *Stima del valore della lite della revoca di un atto giuridico compiuto in frode ai creditori*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 82 ss.

(26) BREZZO, *Revoca* cit., n. 113, p. 196 s.; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 84, p. 365 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., n. 186, p. 163 s., affermando che la revoca à effetti limitati all'interesse del creditore.

è già ricordato, del tribunale presso il quale pende la procedura concorsuale.

84. — Il creditore ottiene la pronuncia della revoca mediante l'esercizio dell'azione, o, in quanto se ne dia il caso, mediante l'esercizio della riconvenzione (art. 100 n. 3 c. p. c.): sull'ammissibilità di una domanda riconvenzionale di revoca non può sorgere dubbio, quando si rifletta che la riconvenzione non è che l'azione del convenuto.

Molto grave è invece il dubbio se la revocatoria possa esser fatta valere in via di eccezione propriamente detta (27); se cioè la frode al creditore dia allo stesso facoltà di chiedere di fronte ad una pretesa del terzo acquirente, relativa ad un bene alienato dal debitore, non la pronuncia di inefficacia del negozio impugnato, ma il semplice rigetto della domanda del terzo attore, e, quindi, l'accertamento costitutivo dei presupposti della frode, però con effetti limitati al giudizio in corso (28). La questione può presentarsi per esempio nel caso che il creditore eccepisca al terzo agente in separazione di un mobile da lui pignorato che il mobile stesso è stato dal debitore alienato in frode; o nel caso che durante il giudizio di graduazione, un creditore ipotecario eccepisca ad altro creditore ipotecario, che fa domanda di collocazione, che la sua ipoteca è stata concessa in frode (29).

Mi rendo conto che la questione involge il delicato problema dell'effetto della sentenza che accoglie un'eccezione in senso proprio.

---

(27) Su questa nozione, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., I, n. 100, p. 309 ss.; BETTI, *Diritto processuale* cit., n. 22, p. 92 ss.

(28) SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 165; GIORGI, *Note* su MAIERINI, p. 364; ID., *Obbligazioni* cit., n. 363 *bis*, p. 491. In senso affermativo: LIEBMAN, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, *Foro it.*, 1926, I, 65 ss.; ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 41, p. 150 ss.; C. 2.7.1925, Cocco c. Orrù, *Foro it.*, 1926, I, 65.

(29) L'ANDRIOLI (op. l. cit.) ricorda anche il caso che un locatario, convenuto da un compratore del bene locato che non intenda mantenere la locazione, a sensi dell'art. 1597, eccepisca che la vendita è seguita in frode delle sue ragioni. Ma non sembra che in questa ipotesi il locatario sia difeso dalla legge: se voleva evitare il danno doveva negoziare la locazione in modo che questa fosse opponibile anche ad un eventuale compratore. Inoltre il locatore, alienando il bene locato, perde con ciò la qualità di debitore, che viene assunta dall'acquirente, in quanto egli succeda nel rapporto di locazione.

Vi sono infatti delle eccezioni che, una volta accolte, eliminano definitivamente il diritto della controparte: tale è il caso dell'eccezione del vizio del volere (art. 1302) e dell'incapacità, della prescrizione, della compensazione; in questi casi si forma il giudicato anche sull'eccezione. In altri casi invece (ritenzione, *exceptio inadimpleti contractus*) non si forma giudicato e la domanda si può riproporre quando siano venute meno le circostanze che ànno dato luogo all'eccezione.

Con ciò mi sembra che le eccezioni si debbano distinguere in due categorie: o l'eccezione determina un accertamento costitutivo incidentale, con effetto limitato al giudizio in corso (30); o invece una vera e propria pronuncia di accertamento costitutivo come se l'azione relativa fosse stata intentata in via principale. In tal caso l'eccezione si distingue dalla riconvenzione per il fatto che la domanda è fatta non in occasione della domanda dell'attore, ma in ragione della domanda dell'altra parte e per reazione alla stessa.

Ora sembra che l'eccezione revocatoria rientri necessariamente nella seconda categoria. Essa fa sì che l'alienazione impugnata sia inefficace fra creditore e terzo finchè dura il rapporto di obbligazione; e al processo deve intervenire il debitore al quale in ogni caso deve essere contestata la frode (31). D'altra parte un negozio, in ipotesi valido, non può essere considerato inesistente nell'ambito di un giudizio, senza essere dichiarato inefficace: nè si saprebbe concepire un'inefficacia di carattere così limitato. Comunque sarebbe sempre necessario sentire il debitore alienante. Ma, se questi deve partecipare alla causa, è giusto che vi partecipi per sentire una pronuncia che à efficacia anche nei suoi confronti, e allora si rientra senz'altro nell'ipotesi da me sostenuta.

85. — L'attività probatoria nel giudizio di revoca è un punto molto delicato dell'istituto.

Occorre che al giudice sia dimostrata la sussistenza dei presup-

---

(30) Perciò esattamente il Liebman (*Eccezione revocatoria* cit., col. 71) riconosce l'esistenza nel nostro diritto di un accertamento costitutivo incidentale: del resto l'ammissibilità di tale figura è implicita nella costruzione dell'eccezione in senso proprio proposta dal Chiovenda.

(31) Così la sent. C. 2.7.1925 cit.; *contra*: Liebman, art. cit., VI.

posti della revoca: e cioè dell'anteriorità del credito, dell'illecito del debitore, della malafede del terzo acquirente, in quanto sia richiesta.

Per la prova dell'anteriorità del credito, si riconosce generalmente che dalla funzione propria della revoca (sanzione del diritto di garanzia, e non complemento dell'azione esecutiva) deriva che non è necessario dimostrare la sussistenza del credito con la prova legale del titolo esecutivo, appunto perchè si è fuori del campo dell'esecuzione (32).

Per quanto concerne la prova della data del titolo costitutivo del credito rispetto all'acquirente, se si tratta di contratto civile (33), sembra, nonostante le diverse opinioni avanzate da una dottrina meno recente, che non si possa sfuggire in nessun modo all'applicazione del disposto dell'art. 1327 (34), poichè l'acquirente convenuto nella revocatoria è certo un terzo rispetto all'atto costitutivo del credito.

Ove si tratti invece di credito da contratto commerciale, la data può accertarsi con tutti i mezzi di prova previsti nell'art. 44 c. co. (art. 55, 2° comma, c. co.). Se il credito derivi da fonte non contrattuale, si deve ritenere, in mancanza di una norma in proposito, che la prova sia libera.

La prova dell'illecito del debitore deve dimostrare l'esistenza degli elementi che lo compongono: il *consilium fraudis*, l'*eventus damni* e l'atto dispositivo.

Nella revocatoria ordinaria non può essere dubbio che l'onere della prova è a carico del creditore agente: l'illecito del debitore, sebbene contrattuale, è violazione di un semplice obbligo, non di un'ob-

---

(32) Seguo l'insegnamento del CARNELUTTI (*Sistema* cit., I, n. 326, p. 821 ss.) sulla natura giuridica del titolo esecutivo. Sulla proposizione affermata nel testo, cfr. C. 2.12.1938, Mezzadra c. Caffi, *Sett. Cass.*, 1939, 117.

(33) Sulla limitazione del disposto dell'art. 1327 al solo contratto, cfr. BETTI, *Diritto processuale* cit., n. 105, p. 375.

(34) SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 111; VENZI, *Note* cit. su PACIFICI-MAZZONI, IV, p. 509 s.; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 957, p. 261. Sembra infondata la distinzione proposta da certi autori (MAIERINI, *Revoca* cit., n. 83, p. 330, ed ivi GIORGI, *Note*, p. 341 s., ed una vecchia dottrina francese ivi citata) fra l'acquirente di buona fede e quello di malafede, per negare l'applicabilità dell'art. 1327 a vantaggio di quest'ultimo.

bligazione, e si è visto che l'art. 1312 c. c. non si ritiene applicabile per analogia all'ipotesi in esame (cfr. n. 30).

A confermare l'eccezionalità dell'art. 1312, e quindi l'impossibilità dell'applicazione dello stesso in via analogica, è anche da considerare che la norma in esso contenuta è indubbiamente collegata con il principio, vigente in tema di obbligazioni, della valutazione dell'illecito alla stregua del comportamento del *bonus pater familias*. Poichè questo principio, diretto a rendere più energica la tutela dell'obbligazione, è eccezionale di fronte alla regola generale, riguardo alla valutazione dell'illecito, della prevalenza dell'elemento soggettivo della colpa, si deve pure ritenere eccezionale il disposto dell'art. 1312. Onde l'applicabilità del principio della colpa espresso nell'art. 1151, ed inducente la necessità della prova della negligenza o del dolo dell'agente da parte della vittima dell'illecito, anche nei casi di rapporti relativi, non aventi il carattere di obbligazione.

Il contrario insegnamento del Cicu, che ritiene applicabile *in terminis* lo stesso art. 1312 (35), urta, come egli stesso riconosce e si è già visto, contro quelle norme di legge, che, in quanto prevedono una presunzione relativa di frode, presuppongono l'esistenza di un principio per cui l'onere della prova grava sul creditore agente.

Nella revocatoria fallimentare, per le ipotesi previste dall'art. 709, nella revocatoria penale per l'ipotesi di cui all'art. 193, e nelle altre revocatorie speciali indicate, la frode è presunta relativamente, e cioè fino a prova contraria. Si è già osservato che, avendo la presunzione relativa un significato puramente processuale, non si può far questione sulla necessità della sussistenza della frode anche in queste ipotesi (cfr. n. 24).

Nella revocatoria fallimentare, come si è già notato altrove, se la specie non rientra in una delle ipotesi previste nell'art. 709, si può applicare il disposto dell'art. 708, anche se l'atto sia posteriore alla cessazione dei pagamenti. Così, nelle altre ipotesi speciali in tema di liquidazioni coatte amministrative, se non à luogo la presunzione di frode, sarà esperibile dal liquidatore la revocatoria comune. Nella revocatoria penale, se l'atto compiuto dopo il reato non ecceda la semplice amministrazione o la gestione dell'ordinario commercio, esso è revocabile solo ai sensi e coi presupposti dell'art. 1235 c. c..

---

(35) *Obbligazione* cit., p. 69 ss.

Il criterio su cui è fondata la presunzione di frode, mentre nella revocatoria penale è costituito dalla natura dell'atto in relazione alla situazione patrimoniale generale del debitore, nella revocatoria fallimentare e nelle altre revocatorie speciali è vario: da un lato anche qui à rilevanza la qualità dell'atto (art. 709 n. 2 e 3; art. 74, 4° comma, lett. a) e b), r. d.-l. 17.7.1937, n. 1400; art. 38, 2° comma, lett. a) e b) r. d. 26.8.1937, n. 1706); dall'altro sono però tenute in considerazione anche una speciale mala fede del terzo (art. 709 n. 1) ed una relazione temporale dell'atto impugnato con la dichiarazione di fallimento (art. 709 ult. comma) o con il sorgere dell'obbligazione (art. 709 n. 4, in relazione coll'art. 9, 2° comma, l. 1930; art. 74, 4° comma, lett. c) r. d.-l. 17.7.1937 cit.; art. 38, 2° comma, lett. c) r. d. 26.8.1937 cit.).

La legge non stabilisce in che modo debba essere fornita la prova del *consilium fraudis*: perciò può essere data con qualunque mezzo. È questo un campo in cui ànno una grande importanza gli indizi, poichè di sua natura la frode tende ad occultarsi il più possibile. Non sembra utile in questa sede un'elencazione di quelli che normalmente sono considerati i più precisi indizi della frode (36). È da ricordare che spesso la giurisprudenza accomuna gli indizi della frode e quelli della simulazione.

Anche la prova dell'*eventus damni* deve ritenersi libera, mancando nella nostra legge norme su questo punto. In ispecie è certo che non occorre sia stata inutilmente tentata l'escussione del debitore. Basta che il giudice possa avere la certezza che un'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore sortirebbe esito negativo o anche insufficiente. Questa massima è ormai fermissima in dottrina ed in giurisprudenza: soltanto in passato vi fu qualche dubbio (37).

E si tratta di insegnamento conforme al regime dell'illecito in genere, perchè la prova del pregiudizio è, di solito, libera; e conforme alla natura del diritto protetto, perchè la garanzia deve sussistere non al solo momento della scadenza dell'obbligazione, ma in ogni momento della vita di essa.

---

(36) Cfr. l'ampia trattazione di questo punto del BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 100, p. 422 ss.

(37) Cfr. VENZI, *Note* cit. su PACIFICI-MAZZONI, IV, p. 504, ed ivi citazioni della dottrina, specialmente francese, che un tempo riteneva necessaria l'escussione del debitore.

È da ricordare però che la prova in questione non è necessaria quando il fatto dell'insolvenza sia legalmente noto al giudice per altra via: così nella revocatoria fallimentare, sia nell'ipotesi dell'art. 708 che in quella dell'art. 709, siccome sussiste la sentenza dichiarativa di fallimento, che è un modo giudiziale di accertamento dell'insolvenza, la discussione sulla sussistenza di questo fatto è addirittura preclusa (38). Ciò non toglie, per quanto riguarda l'art. 708, che esso si riferisca alla revocatoria comune; poichè questa inerisce ad un'esecuzione concorsuale, vien meno la necessità di provare in causa un fatto, che è acquisito, in quanto costituisce addirittura uno dei presupposti dell'esecuzione stessa.

La prova dell'atto dispositivo spetta pur essa al creditore agente. Poichè si tratta di provare l'esistenza di un atto intervenuto fra terzi, la prova in questione non è soggetta ad alcuna delle limitazioni previste nell'art. 1341 ss. c. c..

Infine, anche la prova della mala fede del terzo, in quanto questa sia richiesta, è libera.

86. — Si ritiene in genere che, in mancanza di una speciale disposizione di legge, l'azione revocatoria si prescriva nel termine di trent'anni (art. 2135 c. c.), o, quando abbia carattere commerciale, nel termine di dieci anni (art. 917 c. co.) (39). La dottrina che considera la revocatoria come azione di nullità, assoluta o relativa, ritiene invece applicabile l'art. 1300 c. c., dal quale deriverebbe che la prescrizione — se pure di prescrizione si tratta (40) — è di cinque anni (41).

---

(38) BONELLI, *Fallimento* cit., n. 402, p. 835 s.

(39) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 112, p. 440 ss.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 121, p. 213 ss.; SATTA, *Atti fraudolenti* cit., n. 162; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 418 *bis*, p. 882 s.; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 152, p. 694 ss.; AUBRY e RAU, *Cours* cit., IV, § 813, nota 44 s., p. 238; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN e RADOUANT, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 966, p. 269 s.; A. Boogna 19. 2. 1934, Banca S. Antonino c. Malchiodi, *Rep. Foro it.* 1934, 765 F; A. Bari 20. 7. 1934, Campanella c. Pepoli, *Rep. Foro it.* 1935, 823 F; C. 15. 3. 1935, Rosas c. Pili, *ibid.*, 823 G.

(40) CARNELUTTI, *Termine per l'esercizio dell'azione di nullità o rescissione: prescrizione o decadenza?*, *Riv. dir. proc. civ.* 1935, II, 204 ss..

(41) PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 128 s.; CICU, *Obbligazione* cit., p. 86 ss., ed alcuni vecchi autori francesi.

Qui bisogna riferirsi ai risultati dell'ultimo capitolo di questo studio per vedere se essi autorizzino un'applicazione diretta o estensiva dell'art. 1300 alla revocatoria. Questa, come si vedrà, pur determinando un'inefficacia sostanziale dell'atto del debitore, non può essere definita come azione di annullamento (cfr. n. 97). Tuttavia si potrebbe ritenerla compresa nell'ambito dell'art. 1300, poichè questo si riferisce anche alle azioni di rescissione, fra le quali una parte della dottrina comprende anche la revocatoria: anzi, dei due rimedi proprii del diritto romano che ànno dato origine alla revoca, uno era appunto un'*actio rescissoria,* ed anche nel diritto intermedio il carattere rescissorio è stato ripetutamente attribuito all'istituto. In contrario però è da notare che il termine *rescissione* à assunto nel nostro diritto un significato specifico ad alcune ipotesi determinate, assai diverse dalla revoca.

Perciò, se si riflette sul rapporto corrente fra la funzione della revoca e quella delle domande di annullamento e rescissione previste nella norma ricordata, si deve accogliere l'insegnamento della dottrina dominante, che considera la revocatoria soggetta alla generale prescrizione di trent'anni.

Si è notato da questa dottrina che nell'art. 1300 sono contemplate le domande di annullamento e di rescissione dirette a eliminare gli effetti di una dichiarazione, la cui formazione sia stata irregolare per un vizio del volere o per una situazione di incapacità del soggetto che la à emessa. Mi sembra più utile, per arrivare ad una giusta soluzione del problema, l'osservazione che l'art. 1300, considerato nelle sua collocazione sistematica, contempla un modo di estinzione delle obbligazioni (art. 1236 c. c.); mentre la revoca non estingue l'obbligazione che forma oggetto dell'atto revocato, poichè questo rimane valido e, in quanto possibile, efficace fra le parti che lo ànno posto in essere (cfr. n. 97).

La revocatoria è un'azione da illecito, nella quale una limitata inefficacia di un atto dispositivo è disposta esclusivamente riguardo a un terzo che ad esso è rimasto estraneo; ed in genere l'azione della vittima di un illecito, sia contrattuale che extracontrattuale, non è soggetta ad alcun limite del tipo di quello previsto nell'art. 1300. Non si intende allora perchè a questo termine dovrebbe essere soggetta la revocatoria.

Se anche vi sono delle ragioni per cui è opportuno limitare la

durata dell'azione del creditore (è da ricordare che il diritto romano e quasi tutte le legislazioni moderne stabiliscono limiti del genere), tali ragioni sono certo meno gravi di quelle che ànno determinato l'introduzione dell'art. 1300: nei casi in esso previsti l'effetto dell'annullamento e della rescissione è assoluto e definitivo, e la pronuncia per i negozi a titolo oneroso non è subordinata, salvo l'ipotesi del dolo, all'accertamento della mala fede dell'altro contraente; nè è subordinato all'accertamento della mala fede il sacrificio dei subacquirenti dal primo contraente contro il quale sia pronunciato l'annullamento, mentre la rescissione è inoperosa a danno dei subacquirenti anteriori alla trascrizione della domanda, anche se in mala fede.

Esclusa così un'applicabilità dell'art. 1300 alla revocatoria, in via di interpretazione letterale o estensiva, è da avvertire che esso non è suscettibile di applicazione analogica, non solo perchè manca, come si è visto, quell'identità di *ratio* che sta a base di questa forma di interpretazione, ma anche perchè l'art. 1300 à carattere eccezionale rispetto alla norma dell'art. 2135.

Per queste ragioni non resta che ritenere applicabile alla revocatoria l'art. 2135.

Il momento iniziale della prescrizione non può essere che quello della data dell'atto fraudolento. La contraria opinione, che vuole sia invece la data in cui il creditore è venuto a conoscenza della frode (42), è arbitraria, in quanto estende il principio di cui all'art. 1300 cpv., derivante dall'esigenza di tutelare una libertà del volere (43), ad una ipotesi in cui tale libertà non è in questione.

La revocatoria deve ritenersi azione commerciale quando è di natura commerciale il credito che essa tutela: in tal caso la prescrizione è di dieci anni (art. 917 c. co.). Di solito si dice che l'azione revocatoria à carattere commerciale anche quando essa si dirige contro un atto commerciale del debitore (44). La proposizione, oltre

---

(42) BREZZO, *Revoca* cit., n. 122, p. 215 s.. Nel senso del testo: MAIERINI, SATTA, BONELLI, PLANIOL, opp. ll. cit. alla nota 39.

(43) TRABUCCHI, *Il dolo* cit., p. 43.

(44) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 5ª ed., Milano, s. d., IV, n. 2217, p. 648; NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino, 1913-1926, VI, n. 2542, p. 412; ROCCO, *Diritto commerciale* cit., n. 111, p. 381; MORTARA e AZZARITI, *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, nel *Codice di commercio commentato*, 5ª ed., X, Torino, 1922, n.

che con argomenti di ordine pratico, è giustificata con questo argomento, che la natura commerciale dell'atto impugnato vale ad imprimere questo carattere allo stesso illecito, anche se il diritto del creditore derivi da un rapporto civile.

L'opposizione revocatoria è soggetta ad un termine di decadenza, al pari di altre forme di impugnazione. La legge vuol tutelare, per quanto è possibile, la stabilità del giudicato. L'opposizione revocatoria, dispone l'art. 512 c. p. c., «si propone nel termine stabilito per appellare nell'art. 485, che decorre dal giorno in cui [i creditori] hanno potuto scoprire il dolo o la collusione». Di recente il Carnelutti à dimostrato che il termine in questione è sempre quello di trenta giorni, fissato dall'art. 485 modificato c. p. c., anche quando per l'appello sia prescritto un termine più breve (45).

---

188, p. 311; MAJORANA, *Della prescrizione in materia di commercio*, Torino, 1912, n. 16, p. 27 s.; A. Genova 2. 6. 1939, Pagliano c. Fall. Banca Garibaldi, *Riv. dir. comm.* 1939, II, 322. *Contra*: PUGLIESE, *Prescrizione estintiva* cit., n. 324, p. 604.

(45) *Termine per l'opposizione revocatoria, Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 294 ss. Nello stesso senso: MORTARA, *Commentario* cit., n. 349, p. 538 e n. 325, p. 508. *Contra*: MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, rist. 5ª ed., Torino, 1933, IV, n. 924, p. 843 ss..

Capitolo VI.

## EFFETTI DELLA REVOCA

SOMMARIO: 87. La revoca come sanzione restitutoria. Esclusione di un obbligo di restituzione a carico dell'acquirente. — 88. Teorie processualistiche e privatistiche sull'effetto della revoca. — 89. Teoria processualistica che spiega l'effetto della revoca come possibilità di eseguire contro il debitore su beni appartenenti al patrimonio di un terzo. — 90. Teoria che spiega l'effetto della revoca come accertamento di una responsabilità senza debito a carico dell'acquirente: impossibilità di configurare l'assoggettabilità dei beni all'esecuzione come onere che segue i beni alienati. — 91. Segue: irrilevanza di pretese analogie fra la posizione dell'acquirente dal debitore fraudolento e quella del terzo possessore dell'immobile ipotecato e dell'acquirente di cosa pignorata. — 92. Segue: ipotesi in cui la teoria della responsabilità senza debito non spiega l'effetto della revoca. — 93. Valore delle espressioni impiegate dalla legge nella descrizione dell'effetto della revoca. — 94. Effetto sostanziale della revoca. Il terzo e l'invalidità dell'atto di disposizione. — 95. Critica della dottrina che definisce l'effetto della revoca come nullità assoluta. — 96. Critica della dottrina che definisce l'effetto della revoca come nullità relativa. — 97. L'effetto della revoca come inefficacia relativa o inopponibilità dell'atto fraudolento. — 98. Rilevanza della diversa natura dell'oggetto alienato. — 99. Identità di effetto nelle varie specie di revoca. — 100. Considerazioni sull'effetto della revoca dei pagamenti e dell'assunzione di nuove obbligazioni. — 101. Limiti cronologici dell'inefficacia. — 102. Limiti soggettivi dell'inefficacia, riguardo ai creditori del *fraudator*. — 103. Effetti della revoca rispetto ai creditori dell'acquirente ed ai suoi subacquirenti. — 104. Posizione dell'acquirente che abbia alienato il bene ad un terzo, per ipotesi non perseguibile. — 105. L'esecuzione sul bene alienato in frode. Pretesa limitazione quantitativa dell'inefficacia. — 106. Legittimazione passiva all'esecuzione. — 107. Effetti dell'avvenuta esecuzione nei rapporti fra il debitore e l'acquirente. — 108. Effetti dell'avvenuta esecuzione nei rapporti fra l'acquirente ed i terzi.

87. — La revoca è una sanzione diretta contro l'inadempimento, da parte del debitore, dell'obbligo di conservare le garanzie patrimo-

niali in funzione di un'eventuale esecuzione. Occorre determinare la natura di questa sanzione: restituzione in pristino, e cioè sacrificio diretto di quel medesimo interesse colpito dal precetto, o risarcimento in denaro? (1).

Sebbene il risarcimento in denaro sia nel diritto italiano la forma normale della sanzione dell'illecito (art. 1151, 1218 c. c.), è da ritenere che nella nostra legge la sanzione della frode al creditore abbia carattere restitutorio, consista cioè in una privazione di tutela di quell'interesse che il debitore aveva voluto tutelare con l'atto fraudolento di disposizione. La sanzione restitutoria nella specie non solo è possibile, ma anche è la più economica e la più redditizia.

Trattandosi di far venir meno non gli effetti di un atto materiale, che normalmente non si possono distruggere nella loro essenza, ma gli effetti di un atto giuridico, che si presenta come elemento della fattispecie di un illecito, la restituzione opera mediante la pronuncia di inefficacia dell'atto giuridico stesso: l'atto non potrà produrre i normali effetti che la legge ad esso riconnette, o quegli effetti determinati che sarebbero stati dannosi. Altrettanto avviene per il dolo e la violenza come vizi del volere: nella annullabilità del negozio viziato si riconosce non solo una tutela di chi presta il consenso, ma anche la sanzione dell'illecito di colui che à attuato il raggiro o la coazione (2).

In questi casi l'inefficacia di un atto giuridico si presenta come una specie di sanzione restitutoria: anzi, è da ricordare che da un punto di vista romanistico tale inefficacia, garantita con le azioni restitutorie o rescissorie, rappresenta l'ipotesi tipica di restituzione; ed un'*actio rescissoria* connessa con una *restitutio in integrum* è appunto uno degli istituti del diritto romano classico, da cui è derivata l'*actio pauliana* del periodo giustinianeo e la moderna revocatoria (3).

---

(1) Su questa distinzione fondamentale delle sanzioni cfr. CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 10, p. 23.

(2) Cfr. per quanto concerne in ispecie il dolo, TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere* cit., p. 314.

(3) Cfr. cap. I, nota 2. Sull'inefficacia in genere come sanzione dell'illecito privato, cfr. BETTI, *Diritto romano* cit., I, § 81, p. 428 ss.. — Sulla *restitutio in integrum*, cfr. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it. di ORESTANO, Milano, 1938, § 23 III, p. 242 s.; LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 513 ss..

In questo senso è da ritenere esatta l'affermazione assai comune che la revoca à carattere restitutorio o recuperatorio o anche di risarcimento in forma specifica (4). Del resto bisogna riconoscere che anche quella parte della dottrina che afferma il carattere risarcitorio della revoca non disconosce che l'effetto primo, immediato di questa è un venir meno dell'efficacia del negozio fraudolento (5): si tratta, più che di errore di concetti, di imprecisione di linguaggio. Ma sembra errato, nel diritto italiano, parlare di carattere restitutorio della revoca, quando con ciò si voglia significare che essa faccia sorgere un'obbligazione del terzo di restituire l'oggetto dell'alienazione fraudolenta. Questa teoria può forse trovare un appiglio nella legge tedesca, che, nonostante l'accenno ad un'inefficacia relativa nel § 1, al § 7, I, dell'*Anfechtungsgesetz* dispone: « Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde » (6); ma è infondata di fronte ai testi della legge italiana.

Occorre aggiungere che, se la teoria della restituzione nel senso criticato, deve avere un contenuto autonomo, che la distingua dalle altre, l'obbligo di restituzione deve riferirsi non alla restituzione del possesso, ma della proprietà del bene alienato. Difatti l'obbligo di restituire il possesso, come meglio si vedrà (cfr. n. 99), in determinati casi realmente sussiste, in quanto ciò sia richiesto dalle esigenze di un'esecuzione individuale o concorsuale, ma è obbligo dipendente dall'inefficacia dell'alienazione.

---

(4) Così, ad esempio, Solazzi, *Della natura dell'azione revocatoria, e in particolare dell'ammissibilità di ipoteche giudiziali sull'immobile revocato*, *Legge* 1903, 1076 ss.; Pacchioni, *Obbligazioni* cit., p. 110 ss.; A. Brunetti, *Lezioni sul fallimento* cit., n. 40, p. 99 ss.. E in giurisprudenza: C. 13.2.1939, Palmieri c. Aiazzi, *Giur. it.* 1939, I, 1, 435; C. 21.7.1938, Chiavacci c. Fall. Cattaneo, *Mass. Foro it.* 1938, 555; C. 13.6.1935, S. A. Sapeli c. Sebbo, *Riv. dir. comm.* 1936, II, 202; C. 17.1.1933, Feo c. Majellaro, *ibid.* 1934, II, 123, e moltissime altre decisioni.

(5) Maierini, *Revoca* cit., n. 22, p. 67 s.; n. 92, p. 354 s.; ed ivi Giorgi, *Note*, p. 98; N. Coviello, *L'ultimo capoverso* cit., p. 298; ed altri autori.

(6) Espressamente nel senso che l'acquirente abbia un obbligo di restituzione, Jaeger, *Gläubigeranfechtung* cit., § 1 nota 30 s., § 7 nota 1.

In confronto di chi avrebbe luogo una restituzione della proprietà? Non in confronto del creditore, il quale nè può diventare proprietario di una cosa, che era semplicemente oggetto di garanzia, per soddisfare le sue ragioni, ricevendola al di fuori di un procedimento esecutivo, nè, d'altra parte, può eseguire contro se stesso (7). Non in confronto del debitore, poichè, se così fosse, non si rientrerebbe già nella teoria della nullità relativa, come ritiene l'Auletta (8), ma piuttosto si verrebbe a creare una situazione analoga a quella derivante da una nullità assoluta, e si verificherebbero tutte le incongruenze che si riconoscono derivanti da questa teoria (9).

Infine l'obbligazione di restituzione è esclusa perciò stesso che l'acquirente non può opporsi all'esecuzione sul bene che è entrato nel suo patrimonio in seguito alla frode del debitore: l'acquirente è immediatamente soggetto all'esecuzione, e non vincolato a svolgere un'attività per renderla possibile (10).

Con ciò si è dimostrato, sembra, che la sanzione à carattere restitutorio; ma che la restituzione si opera sempre mediante eliminazione degli effetti o di alcuni effetti dell'atto di alienazione.

88. — La revoca à carattere restitutorio, per rendere possibile un'esecuzione sul bene alienato in frode. Secondo la nostra legge, come deve risultare modificata l'efficacia dell'atto di alienazione, perchè tale esecuzione sia possibile ?

È bene ricordare che la revoca è data nell'interesse di un soggetto, terzo rispetto al negozio fraudolento, il quale si ribella ad esso, in quanto, con la efficacia esterna, *ultra partes*, che questo spiega in suo confronto, egli è danneggiato. L'atto giuridico, che rientra, come si è detto (cfr. n. 49), nella fattispecie di un illecito a danno del terzo, fra le parti è in tutto legittimo.

---

(7) Così Auletta, *Revocatoria* cit., p. 63 s..

(8) Op. l. cit..

(9) Altre gravi obbiezioni contro la teoria dell'obbligo di restituzione in Auletta, op. cit., p. 64 ss..

(10) Questo concetto si trova manifestato talvolta, sebbene in modo assai impreciso, nella giurisprudenza. Così, ad esempio, la sent. C. 12.5.1936, Fall. Soc. Moka Yemen c. Quinté, *Foro it.* 1936, I, 1219, definisce la sanzione della frode come «*obbligo reale*» dell'acquirente «di restituire nel patrimonio del debitore la cosa distratta solo fino al limite della necessità satisfattoria dei creditori attori».

Qui sorge il dissidio fra la teoria processualistica e la teoria tradizionale, sostenuta in genere dai privatisti. Si deve vedere quale sia la soluzione del seguente problema: se, per raggiungere lo scopo della revoca, e cioè per rendere possibile al creditore di agire esecutivamente, nonostante l'alienazione, sul bene alienato, sia necessario — per il diritto italiano vigente — che il bene in qualche modo rientri nel patrimonio del debitore, e così l'atto fraudolento perda, in tutto o in parte, la sua efficacia di diritto sostanziale, oppure basti un'inefficacia processuale, per cui il bene, pur rimanendo nel patrimonio dell'acquirente, sia soggetto all'esecuzione del creditore.

Questa seconda teoria si potrebbe accogliere ove fosse dimostrato che in generale non occorre che i beni, su cui si attua l'esecuzione, appartengano al patrimonio del soggetto passivo della stessa, oppure che l'alienazione fraudolenta determina uno spostamento di responsabilità dal debitore al terzo, in modo che questi e non il debitore subisca l'esecuzione.

Queste due sono in ordine logico, ma non cronologico, le formulazioni che à avuto la teoria processualistica dell'effetto della revoca. Esse richiedono un esame approfondito e separato, poichè entrambe, sebbene a mio sommesso avviso infondate, toccano punti assai delicati del nostro sistema giuridico; e la seconda in ispecie appare a prima vista assai convincente per l'eleganza e la semplicità con cui è costruita.

89. — Di recente la proposizione, già universalmente accolta (11), che la titolarità del diritto da espropriare deve spettare al soggetto passivo dell'esecuzione, è stata oggetto di varie critiche.

Una nuova dottrina, sostenuta dal Satta, afferma, senza dare tuttavia un'adeguata dimostrazione testuale o dogmatica dell'assunto, che, sebbene il potere esecutivo si eserciti sui beni di proprietà del debitore (meglio si direbbe, mi sembra, di appartenenza del debitore, per tener presente che non il solo diritto di proprietà è espropriabile), tuttavia tale proprietà è piuttosto un limite che un presupposto dell'esercizio dell'attività esecutiva; è, rispetto all'esecuzione, un rap-

---

(11) Cfr., ad esempio, CARNELUTTI, *Processo di esecuzione* cit., II, n. 486 ss., p. 171 ss., e spec. n. 496, p. 191 ss.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* cit., n. 48, p. 211 s..

porto di diritto materiale, corrente fra soggetti estranei al processo, indifferente per l'azione del creditore (12).

Tale principio permetterebbe di spiegare insieme la posizione del terzo possessore rispetto al creditore ipotecario, l'inefficacia delle alienazioni compiute dal debitore in pendenza del pignoramento, ed in ispecie l'effetto della revoca: « il creditore ... che fa revocare l'atto in frode non fa risorgere una proprietà che il debitore ha perduto per sempre, ma mira semplicemente a rendere inefficace nei suoi confronti, e rispetto al suo potere il trapasso della proprietà » (13).

Questa teoria, diversa, sembra, da quella che ammette la sussistenza di una responsabilità senza debito, perciò che soggetto passivo dell'esecuzione rimarrebbe sempre il debitore, non può essere accolta, se non (forse) per quanto riguarda le alienazioni ad opera del debitore durante il pignoramento (mobiliare e immobiliare).

Di fronte al disposto degli art. 1949, 2076 c. c., e 686 c. p. c. non intendo come si possa sostenere che l'appartenenza dei diritti da espropriare al debitore non sia un presupposto dell'esecuzione; e, comunque, che cosa di diverso si dica parlando di *limite* invece che di presupposto dell'esecuzione. Al contrario, non si può negare che si tratta proprio di un presupposto, poichè l'appartenenza è richiesta, di regola, a pena dell'inutilità dell'esecuzione medesima.

Nè è detto quale altro presupposto si possa sostituire al presupposto di diritto materiale che è ripudiato; e cioè con quale criterio si possano identificare i beni da assoggettare ad esecuzione.

Tale questione è invece affrontata dall'Andrioli, che accoglie e sviluppa la tesi sopra ricordata. Egli afferma che non solo la titolarità del dominio, spettante al debitore esecutato, non costituisce un presupposto di legittimità dell'espropriazione; ma che tale presupposto è l'intestazione catastale dei beni al nome del debitore esecutato,

---

(12) S. SATTA, *La rivendita forzata,* Milano, 1933, p. 55 s.; ID., *Esecuzione forzata* cit., n. 9, p. 43 ss., n. 131, p. 352. Il SATTA si richiama semplicemente al disposto dell'art. 1958 n. 3 al. 4 c. c. ed all'art. 614 cpv. c. p. c.. Ma il richiamarsi all'art. 1958 è argomento poco probante, perchè è ancora assai incerto che cosa sia il privilegio; e l'art. 614 c. p. c. trova spiegazione in quella necessità di un rapido accertamento dell'appartenenza dei beni, di cui è cenno nel testo, *infra.*

(13) SATTA, *Esecuzione* cit., n. 131, p. 351 ss.; n. 123, p. 334 ss.; n. 9, p. 44 s..

nell'esecuzione immobiliare, e, nell'esecuzione mobiliare, quella situazione dei beni presso il debitore «che i Tedeschi, con locuzione difficilmente traducibile, chiamano *Gewahrsam*» (14).

Ma non si domanda il ricordato scrittore perchè la legge richieda che siano provate queste situazioni, invece della proprietà. Ora, è chiaro che, non potendosi istituire per ogni processo esecutivo un completo giudizio di accertamento dell'appartenenza dei beni (prova specialmente difficile per la proprietà immobiliare), la legge deve accontentarsi di una prova indiziaria (del resto su basi assai serie) dell'appartenenza del diritto, che è data: dalle annotazioni catastali, rispetto alla titolarità di diritti su beni immobili (art. 665 n. 3, c. p. c.); e dalla *materiale detenzione* da parte del debitore, accertata dall'ufficiale giudiziario procedente al pignoramento (art. 583, 597 n. 7, c. p. c.) rispetto alla titolarità di diritti su beni mobili (15).

Nel caso poi di esecuzione mobiliare presso terzi c'è anche un accertamento giudiziale, sia pure sommario, della titolarità dei diritti da espropriare, che si attua in seguito al ricevimento da parte del pretore, della *dichiarazione di terzo* (art. 611 ss., c. p. c.). Infine — ciò che più conta — i terzi titolari di beni illegittimamente assoggettati ad esecuzione possono reclamare agendo in separazione (art. 647, 699 c. p. c.).

Tutto ciò sembra sufficiente per concludere che, in ogni caso — e perciò anche nel caso di alienazione fraudolenta —, i beni da assoggettare all'esecuzione devono appartenere al soggetto passivo della stessa, e cioè (se si esclude la responsabilità esecutiva diretta del terzo acquirente) al debitore alienante (16); salvo i casi eccezionali

---

(14) *Azione revocatoria* cit., n. 8, p. 31 ss.; *Note* cit. in BONELLI, I. p. 890 s.. Degli autori, richiamati dall'ANDRIOLI a sostegno della sua opinione (*Azione revocatoria*, nota 1 a p. 31), soltanto il SATTA, a quanto mi sembra, è espressamente dello stesso avviso, sebbene, come è detto nel testo, nemmeno questo autore giunga alle stesse conclusioni dell'ANDRIOLI. Sulla necessità di un rapporto di diritto materiale come fondamento della responsabilità, cfr. HELLWIG e OERTMANN, *System des deutschen Zivilprozessrechts* cit., II, § 295, p. 221 s..

(15) Sul valore della detenzione di cui all'art. 583 c. p. c., e sulla rilevanza della detenzione e delle indicazioni catastali in ordine al giudizio sull'appartenenza dei beni, cfr. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione* cit., II, n. 633, p. 115 ss.; n. 680 ss., p. 243 ss..

(16) Non occorre nemmeno affrontare il problema se la revoca possa avere per effetto l'obbligo di restituire i beni nel semplice possesso del debitore, poi-

espressamente ammessi dalla legge, in cui l'esecuzione è possibile su beni divenuti di proprietà di un terzo (art. 2076) (17).

90. — Oggi è largamente diffusa, specialmente nella giurisprudenza, l'altra formulazione della teoria processualistica, che identifica l'effetto della revoca nella « permanente soggezione dei beni alienati alla esecuzione per i debiti dell'alienante nonostante la alienazione » (18). Questa teoria fa capo al Carnelutti, che, come è noto,

---

chè il possesso non è un presupposto nè dell'esecuzione mobiliare nè dell'esecuzione immobiliare.

(17) Il Carnacini, pur riconoscendo che di massima perchè sia instaurata validamente l'espropriazione di un bene, questo deve essere di proprietà del debitore, afferma che in certe ipotesi è possibile iniziare un'esecuzione « contro colui che non è più, in quel momento, proprietario dell'immobile da espropriarsi, senza che il terzo acquirente possa perciò ribellarsi », in modo che si può avere una « insensibilità della legittimazione passiva formale » di fronte ad un atto anteriore all'inizio dell'espropriazione (*Contributo alla teoria del pignoramento* cit., n. 24, p. 141 ss.). Così, in determinati casi, l'esattore e l'istituto di credito fondiario possono procedere sull'immobile già in proprietà del debitore, nonostante un'alienazione intervenuta (art. 43, 3° comma, t. u. delle leggi per la riscossione delle imposte dirette, pubblicato con r. d. 17.10.1922, n. 1401; art. 20 t. u. delle leggi sul credito fondiario, pubblicato con r. d. 16.7.1905, n. 646); e, nella rivendita forzata, « quando il compratore abbia cessato di possedere l'immobile, non è necessaria alcuna notificazione al nuovo possessore » (art. 690 c. p. c.). Questi fenomeni si possono certo descrivere come forme di insensibilità della legittimazione passiva formale all'esecuzione di fronte ad atti traslativi della proprietà; ma per spiegarli bisogna risalire ai presupposti materiali dell'espropriazione. E qui il presupposto della proprietà del debitore sull'immobile soggetto ad esecuzione in sostanza rimane fermo: la legge non pone una forma di responsabilità a carico di un non debitore, impostandola su un diverso presupposto, in sostituzione di quello ora ricordato, per cui *quel* terzo può essere perseguito in sede esecutiva; ma autorizza il creditore ad ignorare l'avvenuta alienazione, o più esattamente a considerare l'immobile come ancora appartenente al patrimonio del debitore: proprio come nell'ipotesi di revoca.

(18) Carnelutti, *Diritto e processo* cit., n. 32, p. 299 ss.; id., *Sistema* cit., I, n. 339, p. 851; L. Coviello, *Revoca di rinuncia all'eredità in frode dei creditori e appartenenza dei beni*, *Giur. it.* 1936, I, 1, 262; Conforti, *Azione revocatoria* cit., n. 59 ss.; Auletta, *Revocatoria* cit., p. 99 ss.. La teoria processualistica è ormai *ius receptum* per la Cassazione, ed è accolta da numerose sentenze di merito: in genere la giurisprudenza indica l'effetto della revoca con le formule « ripristino della garanzia già spettante al creditore sul bene

à sostenuto e dimostrato la natura processuale della responsabilità. Si afferma, in altri termini, che la revoca importa una responsabilità senza debito del terzo acquirente; il quale, si dice ancora, si trova in una condizione analoga a quella del terzo possessore di un immobile ipotecato.

Questa teoria, come quella del Gorla, che fa discendere dall'ipoteca un'indisponibilità da parte del proprietario del bene da essa gravato, mi sembra poco aderente al diritto positivo. Mentre il Gorla nega la sussistenza di una responsabilità senza debito, in un caso in cui essa è riconosciuta dalla legge, qui la teoria processualistica afferma una responsabilità senza debito, che non trova posto nel nostro ordinamento. In questo caso quella resistenza del diritto reale anche contro l'aggressione dei beni in sede esecutiva, che il Carnelutti à così bene illuminato (19), opera vantaggiosamente ancora oggi a favore del terzo acquirente dal debitore fraudolento, rispetto all'azione esecutiva promossa dal creditore. Per portar via i beni al terzo, occorre fare venir meno il diritto da lui acquistato.

Appunto in relazione all'accennata resistenza del diritto reale, la figura della responsabilità senza debito à, nel nostro diritto, carattere eccezionale; e quando la legge riconosce l'esistenza di un'ipo-

---

alienato », « rimozione dell'ostacolo frapposto con l'alienazione fraudolenta all'esercizio del diritto del creditore »; cfr. C. 13.2.1939, Palmieri c. Aiazzi, *Giur. it.* 1939, I, 1, 435; C. 10.6.1938, Festa c. Lavore, *Sett. Cass.* 1938, 108; C. 12.5.1936, Migliardi c. Rovea, *Sett. Cass.* 1936, 782; C. 22.2.1935, Di Bernardo c. Peresson, *Foro it.* 1935, I, 419; C. 9.11.1933, Angelini c. Laterza, *Rep. Foro it.* 1933, 616 G; C. 17.1.1933, Feo c. Maiellaro, *Foro it.* 1933, I, 583; A. Bologna 18.6.1936, Ballarini c. Ferrerio, *Giur. Corti reg.* 1936, 580; A. Bologna 26.3.1936, Paglierini c. Biondini, *Rep. Foro it.* 1936, 742 G; A. Milano 6.3.1936, Lorenzetti c. Gabbiati, *Dir. fall.* 1936, 454; A. Napoli 29.11.1935, Gandino c. Casella, *Dir. e giur.* 1936, 148; A. Palermo 2.7.1934, Feo c. Maiellaro, *Foro it.* 1934, I, 61. Quest'opinione era già accolta in sostanza da una parte della dottrina francese, che tuttavia non parlava di debito senza responsabilità: cfr. AUBRY e RAU, *Cours* cit., IV, § 313, p. 234 ed ivi citazioni; ed è accolta da una corrente della dottrina tedesca: MENZEL, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht*, Vienna, 1886, § 4, p. 26 ss.; LIPPMANN, *Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts, Jherings Jahrbücher*, XXXVI, 1896, p. 145 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlino, 1925, p. 468 s. nota 2482; ID., *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Berlino, 1932, § 90, p. 327 s..

(19) *Diritto e processo* cit., n. 36 ss., p. 308 ss..

tesi del genere, sente la necessità di ricorrere alla costituzione di un altro diritto reale, per spiegare con un substrato di diritto sostanziale l'assoggettamento del bene di un terzo all'esecuzione. Su questo punto occorre qualche precisazione.

Si tratta di risolvere una questione che si presenta così rispetto alla garanzia generica come a quella specifica: se titolari dei rapporti di garanzia siano sempre e solo quei medesimi soggetti, che sono titolari del rapporto d'obbligazione a cui quella garanzia si riferisce.

È questo uno degli argomenti della teoria del debito e della responsabilità, in cui vi sono forti dissidi fra la teoria processualistica e la tendenza prevalente fra i civilisti; ma in realtà la portata del problema è assai più limitata di quanto possa parere.

È stato detto esattamente che vi è solo una convenienza politica e non un'esigenza logica che le qualità di debitore e di responsabile debbano concorrere nella medesima persona (20): occorre però vedere fino a che punto questa convenienza politica abbia influito sul nostro legislatore.

Fra i vari casi, in cui si discute se esista una separazione soggettiva delle due qualità di debitore e responsabile, è pacifico che l'unico riferibile alla garanzia generica è quello della fideiussione. Ma ormai sembra definitivamente accertato che nella nostra legge la fideiussione fa sorgere anche un debito proprio del fideiussore — di contenuto uguale a quello del debitore, se questo comprende una prestazione fungibile, di risarcimento in caso contrario (21).

Per quanto concerne invece le garanzie specifiche, è da ritenere, a mio sommesso avviso, che una delle principali funzioni del pegno e dell'ipoteca consista appunto nel consentire che il responsabile sia persona diversa dal debitore.

Il più autorevole dei processualisti riconosce che, nel diritto italiano vigente, pegno e ipoteca rappresentano i soli casi di responsabilità senza debito (22). In altra sede egli accosta tuttavia ai due isti-

---

(20) CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca, Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, n. 7, p. 17.

(21) BETTI, *Concetto della obbligazione* cit., n. 20, p. 267 s.; CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit., n. 46, p. 333 s.; BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934, n. 4 ss., p. 18 ss.. Di contrario avviso il ROCCO, *Fallimento* cit., n. 12, p. 30.

(22) CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit., n. 47, p. 335 ss.. Non si può

tuti la possibilità dell'esecuzione contro il terzo acquirente dal debitore fraudolento, per effetto della revoca.

Prescindendo per ora da quest'ultimo punto, è da osservare che il carattere eccezionale della responsabilità senza debito deriva, oltre che dall'art. 1949, il quale attribuisce la garanzia al *creditore* sul patrimonio del *debitore,* dalla lettera dell'art. 2076, che, in sede di esecuzione immobiliare, esprime il principio della identità (normalmente necessaria) fra debitore e responsabile: il creditore agisce sui beni che sono nel patrimonio del debitore, salvo il caso dell'ipoteca.

Non si dica che in tale articolo la parola *debitore* va intesa non in senso sostanziale, ma nel senso processuale di *responsabile;* poichè allora l'articolo in questione, formulato com'è, sarebbe privo di contenuto nella sua seconda parte; l'interpretazione processualistica sarebbe ammissibile se invece fosse detto che «il titolare dell'azione esecutiva può far subastare l'immobile che si trovi in proprietà del responsabile». L'art. 2076 fissa invece il criterio per individuare il responsabile, e lo pone nella titolarità del debito, salvo, per l'azione esecutiva immobiliare, il caso dell'ipoteca.

La teoria qui criticata, proprio perchè non à presente la natura eccezionale della responsabilità per debito altrui, non si spiega perchè la nostra legge inquadri detta specie di responsabilità nello schema del diritto reale: l'esecuzione, nonostante l'alienazione del diritto reale da parte del debitore, è resa possibile mediante la costituzione di un diritto reale prevalente.

Del resto la necessità di spiegare il fenomeno della responsabilità per debito altrui nella revoca anche dal punto di vista del diritto materiale, è sentita, sebbene non confessata, dai più acuti fautori della teoria processualistica, ed in ispecie dal Carnelutti, che à parlato in un primo tempo di un bene che *transit cum onere* dal patrimonio del debitore a quello del terzo (23). Ma nè questa giustificazione del fenomeno, rimasta allo stato embrionale, nè le altre

---

seguire l'opinione (Gorla, *Garanzie reali* cit., n. 62 ss., p. 95 ss.; id., *Terzo datore e terzo possessore nell'ipoteca, Foro Lomb.* 1935, I, 506; Caliendo, *Il terzo possessore e il terzo datore di ipoteca nel processo esecutivo, Giur. it.* 1937, I, 1, 429) che nelle ipotesi in questione vi sia un debito (fideiussione) del terzo datore di garanzia: cfr. Coviello, *Ipoteche* cit., p. 337 s..

(23) *Diritto e processo* cit., n. 32, p. 301.

più diffuse spiegazioni avanzate in seguito (24), trovano fondamento nella nostra legge.

L'onere dovrebbe consistere, pare, nell'assoggettabilità dei beni all'esecuzione. Ma questo onere non preesiste certo all'atto fraudolento, quando i beni sono ancora nel patrimonio del debitore; poichè si è dimostrato che sui beni medesimi, in quanto destinati ad un'eventuale esecuzione, non grava un diritto reale, e che il diritto del debitore non può essere considerato un diritto limitatamente protetto. Nè un onere qualsiasi sui beni può sorgere per effetto dell'alienazione fraudolenta o per effetto di questa e della revoca insieme. Poichè se è vero che tale alienazione rientra nella fattispecie di un illecito del debitore, non si intende come, per questo fondamento, l'onere sorga a carico di un terzo (25). D'altra parte la malafede del terzo, che del resto è richiesta solo negli atti a titolo oneroso, non rappresenta nel nostro diritto, come si è notato, un fondamento autonomo di responsabilità.

Nè si intende come lo stesso bene, entrando nel patrimonio del terzo, possa diventare in esso oggetto di una garanzia specifica a favore del creditore, mentre prima era oggetto di una sola garanzia generica, e sia così sottratto all'aggressione dei creditori del terzo (26). Mancherebbe una qualunque giustificazione di questo nuovo tipo di garanzia specifica, istituto di cui non si può negare il carattere eccezionale, di fronte alla perentoria limitazione contenuta nell'articolo 1950.

Con ciò sembra dimostrato che non vi è alcuna ragione nè sostanziale nè processuale, che giustifichi l'impiego di quel mezzo tecnico anormale che è la responsabilità senza debito. Affermare la sussistenza di questa senza poterne individuare il fondamento giuridico equivale ad una rinuncia a spiegare il problema dell'effetto della revoca.

91. — L'infondatezza della teoria che identifica l'effetto della revoca nel sorgere di una responsabilità senza debito a carico dell'acquirente è confermata, mi pare, dalla discussione di uno dei

---

(24) Per la critica all'opinione dell'Auletta, cfr. n. 23.

(25) Cfr. Cicu, *Appunti in tema di revocatoria* cit., p. 127.

(26) Cfr. Cicu, *Appunti in tema di revocatoria* cit., p. 131.

principali argomenti con cui la teoria stessa è di solito difesa: l'analogia fra la posizione dell'acquirente e quelle del terzo possessore di un immobile ipotecato e dell'acquirente di un bene pignorato.

Nel caso del terzo possessore dell'immobile ipotecato si à, per opinione ormai concorde, una responsabilità senza debito positivamente riconosciuta dalla legge. Questa espressamente stabilisce che l'esecuzione segue contro il terzo possessore (art. 2076 c. c.). Ma, appunto al fine di rendere al terzo possessore meno gravosa la sua responsabilità per debito altrui, sono a lui consentiti vari rimedi per sottrarsi all'esecuzione forzata, quali la purgazione ed il rilascio dell'immobile ipotecato.

Nella revoca tali rimedi non sono previsti a favore dell'acquirente, mentre è chiaro che, se questi fosse veramente un responsabile per debito altrui, l'identità della situazione giuridica esigerebbe un'analoga tutela. In particolare, si dovrebbe avere una specie di purgazione, in modo che il terzo, una volta soddisfatti i creditori procedenti, non fosse costretto a subire altre revoche (27). Invece, secondo la teoria processualistica, il terzo acquirente, pur essendo un terzo possessore, sarebbe senz'altro e sempre soggetto all'alternativa di pagare il creditore agente (art. 1238) o subire l'esecuzione. La verità è che, nel caso del terzo acquirente in base ad alienazione revocata per frode, la legge non ammette una responsabilità per debito altrui. Si deve dunque constatare che fra le due ipotesi non solo non vi è alcuna analogia, ma sussiste *magna differentia iuris*.

Anche in tema di alienazione di beni pignorati si pone un problema che può apparire analogo a quello della revoca: qui pure, contro l'insegnamento tradizionale che l'atto di alienazione è inefficace, si è recentemente sostenuto doversi parlare di una responsabilità senza debito (28).

Senonchè si tratta in realtà di problemi molto diversi. Infatti, se è vero che il pignoramento è sufficiente a determinare *erga omnes* i beni su cui si svolge l'esecuzione, e che questa determinazione à luogo in seguito all'accertamento che si attua all'inizio del processo esecutivo, di un'appartenenza degli stessi al debitore, la successiva

---

(27) Cicu, scritto l. cit..

(28) Carnacini, *Contributo alla teoria del pignoramento* cit., n. 22, p. 125 ss..

alienazione di questi beni deve ritenersi un fenomeno giuridicamente irrilevante rispetto all'esecuzione ed a tutti i soggetti che ad essa partecipano: il deliberatario deriva il suo titolo dal debitore e non dall'acquirente. Ma, se anche si potesse parlare di una responsabilità senza debito dell'acquirente del bene pignorato — a parte le gravi difficoltà a cui questa teoria va incontro (29) —, si tratterebbe sempre di una responsabilità per debito altrui non precedente all'esecuzione, come sarebbe nel caso di revoca, ma successiva al pignoramento; e perciò non sorgerebbe, comunque, il problema, centrale nel caso della revoca, di stabilire il criterio di identificazione del soggetto passivo dell'esecuzione. In altre parole nell'ipotesi sopra ricordata non si presenterebbe, per l'esistenza del pignoramento, il problema se si possa *iniziare* un processo esecutivo su beni appartenenti a un non debitore.

Così anche il richiamo a quest'altra ipotesi di responsabilità senza debito — ipotesi assai discutibile — non giova, per la diversità delle situazioni e dei relativi problemi.

92. — Ancora: la teoria processualistica tiene presente, nella sua formulazione, solo l'ipotesi più comune, che l'alienazione abbia avuto per oggetto una cosa determinata; e non dà una spiegazione soddisfacente per varie altre ipotesi, che pure devono essere considerate nella formulazione di una teoria degli effetti della revoca.

Se il debitore à fraudolentemente costituito sui suoi beni dei diritti reali limitati non espropriabili, come ad esempio una servitù, in modo da diminuire gravemente il valore del fondo, la revoca, per servire a qualche cosa, deve produrre l'inefficacia materiale del negozio di alienazione costitutiva. Muovendo dalla teoria criticata invece non si può giungere ad una soluzione del problema, perchè la servitù non è espropriabile a danno del terzo, e dovrebbe quindi essere rispettata dall'aggiudicatario (art. 686 c. p. c.): ma allora la revoca non adempirebbe alla sua funzione.

La gravità dell'ostacolo è stata notata da uno dei più recenti fautori della teoria processualistica, l'Auletta, che tenta di superarlo os-

---

(29) Per la costituzione di un diritto reale limitato sull'immobile pignorato: cfr. CARNACINI, op. cit., n. 29, p. 164 ss.. Altre critiche all'opinione del CARNACINI in SATTA, *Esecuzione forzata* cit., n. 9, p. 43 s. nota 9.

servando che, a seguito della revoca, non si tratta di pignorare la servitù stessa per metterla in vendita come tale, ma di pignorarla « insieme al diritto di proprietà, limitato dal diritto reale, per mettere in vendita la proprietà del bene, completa, senza limitazioni di diritto reale » (30). Ora, poichè l'esecuzione à luogo contro il debitore, non si spiega come si possa in essa includere il diritto di un terzo, senza che il diritto di questo terzo sia per sè oggetto di esecuzione, e senza che il titolo costitutivo del diritto perda la sua efficacia dal punto di vista sostanziale.

Lo stesso discorso vale nel caso di concessione fraudolenta di garanzie reali: o si toglie di mezzo l'ipoteca, con efficacia materiale, o si sacrifica l'interesse del creditore agente e la revoca non serve al suo scopo (31).

Ma l'obbiezione sopra accennata non si limita al caso di costituzione di diritti reali di godimento o di garanzia inespropriabili. Essa vale anche in tutti quei casi in cui la revoca non si dirige contro un atto di alienazione. Come si potrebbe infatti parlare di una responsabilità del terzo per debito altrui nel caso che la revoca sia diretta contro una remissione di debito (32)? o contro una divisione? In questi casi il negozio del debitore non dà modo di identificare il bene con cui il terzo — che per ipotesi dovrebbe essere soggetto a responsabilità — deve rispondere. Bisognerebbe ammettere una responsabilità del terzo con un bene qualunque del suo patrimonio, di valore corrispondente al vantaggio conseguito: ma allora dov'è l'onere o la condizione di limitata protezione che segue il bene nel patrimonio del terzo?

La medesima obbiezione vale anche per il pagamento (33) ed in

---

(30) *Revocatoria* cit., p. 103 s..

(31) Anche l'ANDRIOLI (*Azione revocatoria* cit., n. 11, p. 51) riconosce che in questo caso si deve far ricorso all'inefficacia.

(32) Cfr., per questo argomento, ALLARA, *Delle obbligazioni, Lezioni raccolte da* DEIANA, Torino, (1939), litogr., p. 287 s..

(33) Non mi sembra che, in tema di pagamento, alla teoria processualistica si possa invece muovere l'obbiezione che « se il pagamento rimanesse fermo fra le parti, il creditore [*rectius*: il terzo che à ricevuto il pagamento] si troverebbe nella triste situazione di non poter da un lato ottenere quel pagamento della cui utilità economica non può giovarsi a seguito della revoca e dall'altro di trovarsi costretto a rimborsare le somme ricevute » (ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 8, p. 31), e che perciò la revoca dei pa-

genere per tutti i negozi di trasferimento aventi per oggetto cose fungibili. Dato che il diritto su queste cose per la natura delle stesse cede il posto ad altro diritto su cose dello stesso genere che siano nel patrimonio del terzo, non si intende come per queste si potrebbe ammettere un'originaria condizione di beni limitatamente protetti o soggetti a un onere.

Come si vede, non sono poche le ipotesi per cui la teoria processualistica non dà una soluzione soddisfacente.

E allora: o si ammette, accanto alla responsabilità senza debito, anche un'inefficacia materiale, e con ciò si svaluta, come si è giustamente osservato, la teoria sostenuta, poichè si finisce per aderire alla tesi ritenuta in altre ipotesi inaccettabile (34); oppure si rinuncia a spiegare i casi accennati, ed allora si distrugge la teoria processuale, poichè ciò equivale a riconoscere che essa si applica solo ai trasferimenti di proprietà, e non spiega l'effetto della revoca riguardo a intere categorie di atti.

93. — Infine, qualche valore si deve pur riconoscere alle espressioni usate dalla legge. Si è forse esagerato nel tenere in così poco conto la lettera delle norme (35).

Esse ànno tutte un esplicito riferimento ad un effetto sostanziale della revoca; il che è tanto più notevole in quanto tali norme sono disseminate nelle varie leggi, e non sono raccolte in un sistema, che, come nel caso dell'ipoteca, si potrebbe considerare influenzato da una concezione superata.

Innanzitutto, il termine stesso *revoca,* che da tanti secoli dà il nome all'istituto, à il suo peso. Anche se il concetto di revoca nel nostro linguaggio giuridico à subito un'evoluzione, per cui essa oggi indica esattamente l'esercizio da parte del soggetto medesimo che à

---

gamenti eseguiti con denaro importerebbe una vera e propria nullità (*ibid.,* p. 52). In realtà, come si vedrà in seguito (n. 100), si tratta di un errore di prospettiva, perchè non si è tenuto presente che solo in senso improprio si può parlare di revoca del pagamento. Contro quest'opinione dell'ANDRIOLI, cfr. anche AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 105 ss..

(34) Così: AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 105.

(35) AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 27 e gli autori ivi citati in nota. Sull'opportunità di tenere in maggiore considerazione la lettera della legge in tema di effetti della revoca, cfr. invece ALLARA, *Obbligazioni* cit., p. 285 s..

emesso una dichiarazione di volontà, di un potere di farne venir meno gli effetti, e tale significato non si attaglia all'istituto che è oggetto di questa indagine (36), resta sempre che revoca ed inefficacia dell'atto sono concetti strettamente legati.

L'art. 1235 parla di *impugnazione* di un atto del debitore: espressione che significa appunto che il creditore può reagire proprio contro l'atto del debitore per togliere ad esso effetti (37); inoltre altre disposizioni (art. 708-709 c. co., 949 c. c., revocatorie speciali) accennano ad un *annullamento*, sia pure relativo a determinati soggetti; e l'art. 194 c. p., ad una *non efficacia* dell'atto fraudolento.

Per di più la revocatoria, in quanto assuma la veste di impugnazione di una sentenza (art. 512 c. p. c., art. 204 c. c., l. I), per ciò solo deve ritenersi diretta, come ogni specie d'impugnazione, a determinare una qualche forma di inefficacia dell'atto impugnato come comando di diritto materiale (38).

94. — L'effetto della revoca, come si desume da un esame dei vari testi della legge italiana, deve essere ricercato nel campo del diritto sostanziale; e più precisamente consiste in una forma di inefficacia dell'atto fraudolento: intendendo per ora il termine *inefficacia* in senso del tutto generico, a indicare la situazione di un atto per cui esso non produce gli effetti giuridici che gli sono propri; e non li produce in tutto o in parte, per circostanze originarie o sopravvenute, ecc..

Non è il caso di riassumere quali siano le varie categorie della disputatissima dottrina dell'inefficacia, nè di tentarne una ricostruzione su nuove basi. Mi limito ad alcune considerazioni elementari, per quanto può riguardare la revoca.

La revoca è nell'interesse del creditore, e perciò di un terzo rispetto all'atto revocato: quindi, se essa determina una qualunque

---

(36) Salv. Romano, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, § 12, p. 47 ss..

(37) È da osservare a questo proposito, che lo stesso termine « impugnare » nell'art. 680 indica promiscuamente la revoca per frode e l'annullamento propriamente detto (Salis, *Comunione* cit., n. 104, p. 215 ss.) della divisione eseguita nonostante la formale opposizione dei creditori.

(38) Carnelutti, *Sistema* cit., II, n. 568, p. 534 ss.; ed ivi un esame delle nozioni di revoca in genere e di rescissione.

forma di inefficacia sostanziale dell'atto di alienazione, deve trattarsi, prima di tutto, di un'inefficacia in confronto dei terzi, o, almeno, di determinati terzi. E poichè la dottrina dell'inefficacia è ovviamente in funzione della dottrina degli effetti dell'atto, per conoscere la natura dell'inefficacia in questione, occorre aver determinato quali sono gli effetti di un atto di disposizione rispetto ai terzi.

La legge italiana contiene delle norme espresse su questo punto soltanto rispetto agli effetti dei contratti.

I contratti ànno effetti obbligatori, in quanto determinano il sorgere di un'obbligazione, e cioè della *necessitas* di una determinata prestazione; ed ànno effetti reali, in quanto a seguito dell'adempimento dell'obbligazione (39), sia modificata la situazione patrimoniale dei contraenti: in quanto si operi un trasferimento di un bene dal patrimonio di un soggetto a quello di un altro soggetto.

Questa distinzione di effetti è da richiamare per intendere il principio della relatività dei contratti, derivante dalla disposizione per cui i contratti ànno forza di legge per coloro che li ànno fatti (art. 1123 c. c.), non per i terzi. Al principio della relatività si deve riconoscere un doppio significato: primo, che i contraenti non possono far sorger effetti obbligatori a vantaggio (art. 1128 cpv. c. c.) o a danno di un terzo (art. 1129); secondo, che il terzo non può pretendere di trarre vantaggio o di essere risarcito di un danno subito, in dipendenza di una modifica della situazione patrimoniale di uno dei contraenti.

Quanto all'art. 1130, io credo che esso debba intendersi in questo senso: gli effetti reali del contratto si possono opporre ai terzi, senza che questi possano in alcun modo derivarne nuovi diritti o chiedere di essere risarciti di danni derivati dall'esecuzione del contratto. La posizione del terzo è subordinata all'esercizio del potere di disposizione che ciascuno à sul suo patrimonio. L'art. 1130 non può infatti riferirsi agli effetti obbligatori, perchè, altrimenti esso si limiterebbe a ripetere inutilmente e incompletamente il disposto dell'art. 1128 e sarebbe in contraddizione col disposto dell'art. 1129, il quale stabilisce che dal contratto non può *mai* sorgere un'obbligazione a carico di un terzo: l'art. 1130 limiterebbe la logica assolutezza della regola accennata con l'inciso « fuorchè nei casi stabiliti dalla legge ».

(39) Cfr. n. 62 in fine.

In conclusione: assoluta irrilevanza rispetto ai terzi dell'effetto obbligatorio del contratto; normale subordinazione dell'interesse del terzo di fronte all'interesse delle parti soddisfatto con la modifica della situazione patrimoniale, e cioè di fronte all'efficacia reale del contratto. Questa è l'efficacia riflessa del contratto rispetto ai terzi.

I medesimi principi valgono generalmente per l'atto di disposizione anche se non abbia struttura contrattuale.

Rispetto ai creditori, titolari del diritto di garanzia sul patrimonio del debitore, l'effetto obbligatorio è e resta irrilevante come per ogni altro terzo (cfr. n. 25). Non così l'effetto reale dell'atto di disposizione, che può sottrarre dal patrimonio una garanzia.

Contro l'effetto reale dell'atto di alienazione opera la revoca: il creditore non è più in una posizione subordinata, ma il suo interesse diventa prevalente rispetto a quello delle parti che ànno operato il trasferimento. Quale è il mezzo tecnico con cui si attua la prevalenza di questo interesse ? Qui, mi sembra, bisogna distinguere due situazioni profondamente diverse di inefficacia.

È possibile che un atto di disposizione non produca effetto di sorta come dichiarazione di volontà, e, trattandosi di un contratto, che non generi alcun effetto obbligatorio, in quanto la volontà stessa si è formata o è stata dichiarata in modo non conforme al diritto; allora manca, prima che un effetto reale, una volontà che abbia valore giuridico, e l'atto è nullo: non produce alcun effetto, nè fra le parti, nè rispetto ai terzi. Tale situazione può essere originaria, o sopravvenuta: in questo secondo caso l'atto, che può diventare nullo sotto certe condizioni, si chiama annullabile.

È possibile poi che un atto giuridico, pur avendo la dichiarazione di volontà ed i soggetti che l'ànno emessa tutti i requisiti di legge, non determini tuttavia un effetto reale: e ciò sia per volontà delle parti (condizione), sia per disposto di legge. In questo caso l'atto esiste, il contratto à efficacia obbligatoria, ma non efficacia reale: è provvisoriamente inefficace, in quanto non si attua uno spostamento patrimoniale.

Fin qui la teoria dell'efficacia degli atti giuridici deve essere riferita esclusivamente alle parti degli atti medesimi: l'atto non può avere una qualificazione giuridica diversa fra le parti e rispetto ai terzi. Questo è il principio fondamentale in materia.

Si è visto però che la modifica patrimoniale che si configura co-

me effetto reale di un atto, sebbene riguardi anch'essa le parti, determina un'efficacia riflessa (di natura completamente diversa) rispetto ai terzi, i quali sono soggetti a subire quella modifica. Ma, se essi possono insorgere, si può parlare di un'inefficacia dell'atto rispetto ai terzi? Questa è l'indagine che qui occorre svolgere. Quando il Carnelutti scrive «la nullità o è fra le parti, o non è, poichè rispetto ai terzi non si manifesta che un'efficacia *riflessa* del negozio, la quale non è che il riverbero della sua efficacia fra le parti» (40), includendo in questa proposizione la critica di tutte le teorie sostanzialistiche sull'effetto della revoca, dice una cosa giusta solo a metà. In realtà egli non si pone il problema della sussistenza di un'inefficacia solo rispetto al terzo di un atto valido fra le parti.

Prima di esaminare tale problema, è da escludere che la revoca determini una nullità vera e propria, in seguito ad annullamento, sicchè l'alienazione fraudolenta sia da considerare un negozio annullabile, come il negozio concluso da un incapace o da persona il cui volere era viziato; e anche che determini una nullità rispetto ai terzi, cioè relativa.

95. — È stato detto da alcuni autori, i quali in verità ànno trovato poco seguito, che la revocatoria è azione di annullamento, e che la revoca determina una nullità dell'alienazione fraudolenta *erga omnes*, e cioè sia fra le parti che rispetto a tutti i creditori (41).

Questa teoria, che dà alla revoca una fisionomia assai diversa da quella che le è tradizionalmente riconosciuta, e le assegna un effetto sproporzionato rispetto allo scopo, va contro il preciso disposto di numerose norme di legge (art. 949 c. c., 193 e 194 c. p., 709 c. co., 74, 4° comma, r. d.-l. 17.7.1937, n. 1400, 38 r. d. 28.8.1937, n. 1706), le quali limitano l'inefficacia o il così detto annullamento alle persone dei creditori (42). Inoltre è da notare che una revoca con effetti *erga*

---

(40) *Diritto e processo* cit., n. 32, p. 300.

(41) Laurent, *Principi di diritto civile*, trad. it. Di Majo, Roma, 1879-1887, XVI, n. 483 ss., p. 422 ss. ed alcuni autori francesi del secolo scorso; Pacchioni, *Obbligazioni* cit., p. 112 ss.; Gaudenzi, art. cit., *Temi em.* 1932, I, p. 161 e spec. p. 173 s.; ed ora Allara, *Obbligazioni* cit., p. 277 ss., 290 ss.. Quest'ultimo autore riconosce tuttavia i numerosi inconvenienti ai quali va incontro l'opinione accolta, ma li ritiene di gravità minore di quelli derivanti dalle altre opinioni.

(42) L'Allara non trova nessun ostacolo testuale alla tesi della nullità

*omnes* potrebbe essere dannosa per alcuni creditori dell'alienante, i quali possono avere delle buone ragioni per fidarsi di lui.

Ma, oltre a queste obbiezioni, senza dubbio gravi, ve ne sono altre che dimostrano in modo a mio parere indiscutibile l'infondatezza dell'opinione qui criticata.

In primo luogo la nullità, in quanto è assoluta, dovrebbe giovare anche ai creditori per un titolo posteriore all'atto impugnato: conseguenza inconciliabile col principio dell'anteriorità del credito (cfr. n. 40 ss.). È vero che nella revocatoria fallimentare il principio dell'anteriorità rimane fermo sebbene la revoca giovi all'intera massa (cfr. n. 43); ma ciò avviene perchè allora diventa prevalente il principio, caratteristico dell'esecuzione concorsuale, che la soddisfazione dei creditori è solidale ed ugualitaria: nulla di simile vi è invece nel processo esecutivo individuale.

Ancora: se prima che sia iniziata l'esecuzione da parte del creditore che à ottenuto la revoca, il debitore adempie, la nullità non potrebbe venir meno, perchè nel nostro diritto essa non è risolubile (43). Non solo; ma, se l'oggetto dell'atto revocato fosse lo stesso che era dovuto al creditore revocante, il debitore potrebbe adempiere con l'oggetto medesimo: il che porterebbe a dover ammettere che la frode vale a rendere possibile non solo la tutela del diritto di garanzia del creditore, ma anche del suo diritto alla prestazione (cfr. n. 62).

Una volta che l'esecuzione fosse condotta a termine, l'eventuale residuo dovrebbe spettare al debitore, anzichè all'acquirente. Recentemente si è tentato di dimostrare che questo inconveniente non sarebbe tanto grave. Si è detto: se l'atto revocato era bilaterale, l'acquirente à diritto alla restituzione della sua prestazione; se era unilaterale, e l'oggetto divisibile, è da ammettere l'annullamento quantitativamente parziale dell'atto; se poi l'oggetto era indivisibile, i prin-

---

assoluta, perchè egli considera soltanto la revocatoria civile (*Obbligazioni* cit., p. 264 s.), e nega che l'art. 949 c. c., il quale fa riferimento espresso ad una nullità relativa, preveda un'ipotesi di revocatoria (op. cit., p. 280 s.). A parte ogni discussione sull'art. 949 in questa sede (cfr. n. 6), è da osservare che per poter prescindere dalle norme concernenti le revoche speciali, bisognerebbe aver dimostrato che esse si riferiscono ad istituti diversi dalla revoca civile.

(43) ALLARA, op. cit., p. 291.

cipi dell'indebito arricchimento giustificherebbero l'obbligo del debitore di restituire all'acquirente la somma residuata dalla vendita giudiziale (44). Non sembra però che queste considerazioni valgano a diminuire l'ingiustizia delle conseguenze derivanti nell'ipotesi da una nullità assoluta: poichè la garanzia derivante all'acquirente da una semplice ragione di credito (trattandosi di massima del diritto alla restituzione del prezzo versato) in confronto del debitore, che è per ipotesi insolvente, è puramente illusoria; e si deve respingere sia il concetto di nullità parziale (cfr. n. 105), sia il principio che l'indebito arricchimento possa costituire nella nostra legge un fondamento autonomo di responsabilità.

Non mi pare invece fondata un'altra obbiezione che spesso si muove alla teoria della nullità assoluta: si dice che il bene, una volta ritornato nel patrimonio del debitore, potrebbe essere da lui liberamente alienato a terzi e così nuovamente sottratto ai diritti del creditore: ma è chiaro che questi sarebbe sempre tutelato con la trascrizione della domanda a sensi dell'art. 1235, u. c.. Piuttosto è da notare che non si comprenderebbe perchè nella revoca il sacrificio dei subacquirenti anteriori alla trascrizione della domanda sia subordinato all'accertamento della malafede, diversamente da quanto avviene nel caso che sia pronunciata una nullità vera e propria (45).

96. — Un'altra teoria, più aderente ai testi della nostra legge e alla funzione della revoca, qualifica l'effetto di questa come una nullità relativa rispetto al terzo (46). Io credo che questa opinione in

---

(44) Allara, op. cit., p. 292 s., il quale però riconosce che, trattandosi di atto unilaterale con oggetto indivisibile, la spettanza del residuo al debitore è conseguenza assai grave della opinione accolta; ed ammette solo in via dubitativa la ragione da indebito arricchimento a favore del terzo.

(45) Non mi sembra che questa obbiezione possa valere anche contro la teoria della nullità relativa, come vorrebbe l'Auletta (*Revocatoria* cit., p. 60, testo e nota 66), appunto perchè la nullità, essendo relativa, non esiste anche rispetto al terzo; e si intende perciò come sia opportuno valutare la sua buona o mala fede per sacrificare il suo interesse.

(46) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 50 s.; id., *Appunti in tema di revocatoria* cit., p. 126; Butera, *Azione pauliana* cit., n. 120, p. 554 s.; Ricca-Barberis, *L'assolutezza dell'annullamento conseguito coll'azione revocatoria, Riv. dir. priv.* 1931, I, 294 s.. Sul concetto di nullità relativa e sulle sue applicazioni nella dottrina tedesca cfr. Auletta, *Revocatoria* cit., p. 52 ss., nota 49 ss..

sostanza identifichi esattamente l'effetto della revoca — si può considerare ormai opinione comune quella che limita l'effetto ai creditori agenti, e ritiene che l'atto rimanga valido fra le parti (cfr. n. 102) —, ma dia ad esso una denominazione inesatta, in quanto non tiene presente quella *summa divisio* dell'inefficacia del negozio giuridico, secondo che essa è riferita ai rapporti interni fra le parti o ai rapporti esterni intercedenti fra le parti ed i terzi. Come tutte le questioni terminologiche anche questa è opinabile; ma non perciò deve ritenersi inutile.

Poichè la nullità esclude ogni produzione di effetti, è impossibile distinguere in essa una direzione soggettiva dell'inefficacia, ed è perciò inammissibile la categoria della nullità relativa (47).

Dire poi che l'inefficacia rispetto al terzo è conseguenza della nullità relativa dell'atto significa richiamarsi all'opinione che ammette la possibilità di modifiche relative di una situazione giuridica: ciò importerebbe che la titolarità di un diritto potesse spettare ad un soggetto rispetto a talune persone e ad un soggetto diverso rispetto ad altre (48). Questo concetto a mio avviso deve essere re-

---

(47) Il CARNELUTTI (*Sistema* cit., II, n. 551, p. 494 ss.) qualifica come nullità relativa l'inefficacia di un atto colpito da un vizio essenziale, ma sanabile: dove è evidente — a parte ogni questione sull'esattezza della categoria — che il fenomeno dell'inefficacia è considerato nel suo aspetto dinamico, non nella sua direzione soggettiva.

(48) La nozione di *nullità relativa* è accolta da chi ammette che le situazioni giuridiche, ed in ispecie i rapporti giuridici, possano sussistere soltanto rispetto a determinati soggetti e non rispetto ad altri. Come è noto, la questione è molto discussa nella dottrina tedesca: ammettono la relatività dei rapporti giuridici: VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., I, § 2 V, p. 69 ss.; M. WOLFF, *Das Sachenrecht*, in ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, *Lehrbuch* cit., III, § 88, V, p. 312 s.; GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage* cit., § 16, IV, p. 177 s.; *contra*: KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlino, 1906-1915, I, § 50, III, p. 158 s.; e spec. OERTMANN, *Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Jherings Jahrbücher*, LXVI, 1916, 130 ss., ed ivi ampi riferimenti. A mio sommesso avviso la dottrina della titolarità relativa dei rapporti giuridici è logicamente insostenibile (cfr. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico* cit., p. 13 ss.), ma si può tuttavia giungere a riconoscere l'esistenza di un'*inefficacia relativa* del negozio rispetto ad un terzo in quanto si ammetta che la legge nella singola ipotesi fa ricorso all'espediente tecnico della *finzione*: cfr. n. 97. Non si può invece parlare di *nullità relativa*, sia pure connessa con una finzione, non solo perchè il concetto di nullità è necessariamente legato a quello della validità del negozio (ciò è riconosciuto anche dal

spinto, perchè si fonda su un equivoco (49): fra le parti di un rapporto giuridico è chiaro che questo o esiste per tutte o non esiste; per quanto riguarda i terzi è da ricordare che la loro posizione rispetto all'atto è essenzialmente diversa da quella delle parti: quando l'osservanza di certi requisiti è posta nell'interesse del terzo e questi solo può farne valere l'inosservanza, l'inefficacia à portata ben diversa da quella opposta da una delle parti, perchè il terzo non può ottenere che sia distrutto il negozio; ma può ottenere solo che ne siano paralizzati gli effetti a suo riguardo.

Una simile possibilità è negata dai processualisti: questi, nella loro critica alla teoria della nullità relativa, partono da una erronea concezione naturalistica dell'atto giuridico, considerato quasi come un fatto fisico, che se esiste, irradia necessariamente i suoi effetti in ogni direzione. Quando il Carnelutti esclude — esattamente — la sussistenza di una nullità che non sia fra le parti, non si chiede, come si è già rilevato, se non ci sia un'inefficacia rispetto ai terzi consistente nell'assenza di quegli effetti riflessi di cui egli stesso parla.

Nè si può dire che gli effetti riflessi sono in rapporto di necessaria dipendenza con gli effetti fra le parti; perchè allora si dimenticherebbe che il diritto è tutela di interessi, e che è ben possibile che l'interesse dell'acquirente ad avere la cosa sia tutelato fra i soggetti dell'alienazione, ma che questo interesse non sia tutelato rispetto ad un terzo, che à un interesse considerato prevalente. Di fatto poi può succedere che la tutela dell'acquirente venga meno completamente; ma ciò non suppone l'inefficacia del negozio di alienazione. Anche nel caso di evizione nella vendita l'acquirente è legittimamente privato dell'oggetto acquistato, ma non si può per questo parlare di nullità del negozio. Rispetto a quel terzo e a quell'effetto la vendita è irrilevante, perchè egli è titolare di un diritto prevalente rispetto a quello del venditore; ma ad ogni altro effetto — anche per quel terzo — la vendita è pienamente efficace.

Ancora è da aggiungere che, se veramente l'effetto della revo-

---

von Tuhr, op. cit., II, 1, § 58, p. 327 ss., che tuttavia ammette il principio della relatività dei rapporti giuridici), ma sopra tutto perchè la nullità si riferisce sempre in primo luogo ai soggetti stessi del negozio. Sulla nozione di inefficacia relativa, cfr. nota 50.

(49) Cfr. Allara, *Vicende del rapporto giuridico* cit., p. 13 ss.; id., *Obbligazioni* cit., p. 278 s..

ca si potesse definire come una nullità relativa, il creditore potrebbe tutelare non solo quel credito per cui à ottenuto la revoca, ma anche tutti gli altri suoi crediti verso il *fraudator,* magari sorti dopo dell'atto fraudolento; giacchè la nullità, sebbene relativa, dovrebbe essere considerata come non produzione di *ogni* effetto, senza limitazione ad un solo rapporto, riguardo ad un determinato soggetto. Di più, bisognerebbe ammettere che la nullità relativa non venisse meno neppure quando il creditore sia stato soddisfatto col pagamento o con l'esecuzione: anche la nullità relativa, in quanto nullità, si dovrebbe ritenere irrisolubile. Ma queste conseguenze sarebbero tutte manifestamente ingiuste.

97. — Mi sembra che la situazione derivante dalla revoca sia da qualificare come *inefficacia relativa* (50).

Su questo concetto sono necessarie alcune precisazioni, con particolare riguardo alla revoca. Il negozio continua a produrre i suoi effetti fra le parti: ma la modificazione patrimoniale, che si è ope-

---

(50) La nozione dell'inefficacia relativa (*relative Unwirksamkeit*) è costruita da una parte della dottrina tedesca, che però à incontrato una forte opposizione, sulla base di alcuni testi di legge (spec. § 135 c. c.; § 7 *Konkursordnung*): cfr. VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., II, 1, § 58, p. 327 ss.; ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil,* in ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, *Lehrbuch* cit., I, § 189, p. 614 s. (di fronte ad un negozio giuridico efficace determinati interessi sono garantiti *come se* il negozio fosse inefficace), ed ivi riferimenti. Nella dottrina italiana, A. SCIALOJA (*Nullità e inefficacia,* n. 6, in *Saggi di vario diritto,* Roma, 1927-1928, II, p. 28) ammette l'esistenza di un'inefficacia o inutilità relativa, derivante, come l'inefficacia assoluta, dalla mancanza di un requisito che non concerne la validità del negozio; N. COVIELLO (*Manuale* cit., § 105, p. 329 ss.) e il SEGRÈ (*Corso di diritto civile, parte generale,* Torino, 1929, litogr., n. 114 s., p. 173 ss.) parlano di un'inefficacia in senso stretto derivante da una causa estrinseca al negozio, il quale in conseguenza di essa « non produce tutti o alcuni degli effetti che astrattamente considerato produrrebbe » (COVIELLO), includendo fra i negozi inefficaci quelli impugnabili; il PUGLIATTI (*Istituzioni di diritto civile,* III, *L'attività giuridica,* 2ª ed., Milano, 1935, p. 224 ss.) di un'*inefficacia relativa* « riferita ad alcuni soggetti che possono aver interesse a che non sussista il negozio giuridico », includendo nella categoria anche l'effetto della revoca degli atti fraudolenti; infine il BETTI (*Diritto romano* cit., I, § 65, p. 321 ss.) più esattamente di *inefficacia eventuale* (inidoneità dell'atto a produrre effetti per un impedimento estrinseco), in quanto un terzo, il cui diritto sia leso, possa reagire per ottenere la revoca o la rescissione, e cita appunto l'ipotesi della revoca per frode.

rata in seguito ad esso, è come non avvenuta rispetto al creditore che à ottenuto la revoca: per lui il bene alienato appartiene ancora al patrimonio del debitore; o, in altri termini, egli à facoltà di non riconoscere l'effetto reale dell'alienazione, e di procedere perciò all'esecuzione forzata sui beni alienati, come se ancora facessero parte del patrimonio del debitore.

Ciò non significa accogliere quel concetto di nullità relativa che si è respinto poco sopra. L'assenza dell'efficacia reale riflessa dell'atto dispositivo rispetto al creditore si deve spiegare diversamente: occorre far capo ad una *finzione*. Questa è da intendersi come un procedimento legislativo per cui ad una realtà ontologica, che è il normale presupposto di ogni precetto giuridico, si sostituisce una realtà meramente logica (51). Storicamente la finzione appare come un fenomeno di *conservazione* legislativa, per cui si fa entrare forzatamente una realtà all'uopo deformata in uno schema tradizionale, in luo-

---

(51) Sulla finzione in generale: DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858, spec. § 5 ss., p. 37 ss.; JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 6ª e 7ª ed., Lipsia, 1924, III, 1, § 58, p. 301 ss.; H. A. FISCHER, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, *Archiv für die civ. Praxis*, 117, 1919, p. 143 ss.; DE RUGGIERO, voce *Finzione*, in *Dizionario pratico del diritto privato* cit., III; MALLACHOW, *Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre, Das Als-ob im Jus*, Monaco, 1922, p. 13 ss., p. 39 ss.; KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, *Annalen der Philosophie*, I, 1919, p. 630 ss.; GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Parigi, 1914-1924, III, n. 240 ss., p. 360 ss.; DEKKERS, *La fiction juridique*, Parigi, 1935; CORNIL, *Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit* (Recensione al DEKKERS), *Archive de philosophie du droit et de sociol. jur.*, V, 1935, n. 3-4, p. 28 ss.; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, n. 39, p. 187 ss.. Parlano espressamente di finzione a proposito dell'effetto della revoca: BAÏCOÏANU, *L'action Paulienne en droit comparé*, Parigi, 1932, p. 71; BASTIAN, *Inopposabilité* cit., p. 185; JAEGER, *Gläubigeranfechtung* cit., § 7 nota 3 (il quale ritiene però che la finzione di appartenenza dei beni al debitore sia connessa non con un'inefficacia relativa dell'atto dispositivo, ma con l'obbligazione dell'acquirente di garantire quell'aggressione dei beni che era stata impedita con l'atto dispositivo stesso). Talvolta anche la nostra giurisprudenza accenna ad un *ritorno fittizio* dei beni nel patrimonio del debitore (cfr., ad esempio, A. Torino 1.4.1938, Bianchi c. Fall. Fiorini, *Dir. comm.* 1939, II, 75; A. Roma 5.11.1931, Ramarini c. Cicconetti, *Temi rom.* 1931, 532), ma non si rende conto esattamente della portata dell'affermazione.

go di creare un nuovo schema, che il legislatore non ritiene opportuno introdurre nell'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda l'ipotesi qui considerata, la legge preferisce fondarsi su una finzione di appartenenza dei beni alienati al debitore, piuttosto che introdurre francamente una figura, difficile a delimitare, di esecuzione contro lo stesso su beni altrui, appunto per tener fede al principio della coincidenza fra proprietà dei beni e assoggettabilità degli stessi all'esecuzione.

Anche la teoria processualistica parla d'inefficacia nel senso che l'alienazione fraudolenta non è efficace a sottrarre il bene all'esecuzione. Anzi, dice il Carnelutti, vi è una particolare efficacia dell'atto fraudolento, in quanto esso consente l'assoggettamento dei beni all'esecuzione, sebbene si trovino nel patrimonio del terzo. Ma è chiaro che così non si spiega quale sia precisamente l'effetto dell'alienazione colpita dalla revoca. Con l'alienazione fraudolenta il bene è sottratto alla responsabilità, perchè è passato da un patrimonio all'altro. Se, dunque, il presupposto della responsabilità è la titolarità del responsabile, perchè la responsabilità sia reintegrata, deve essere reintegrata la titolarità.

Per intendere con maggior chiarezza il significato dell'inefficacia relativa dell'atto di disposizione rispetto al creditore che à ottenuto la revoca, bisogna richiamarsi ancora una volta al principio dell'art. 1130 c. c.. Normalmente l'effetto reale del negozio si verifica *erga omnes*; la posizione dei terzi — e perciò dei creditori — è subordinata alla volontà delle parti. Invece, grazie alla revoca, diventa prevalente. La posizione dei creditori cambia, perchè si finge che sia restituita la posizione fra le parti anteriore al negozio.

Il nome di inefficacia relativa indica che l'atto è colpito solo nei suoi effetti riflessi, non nel suo effetto diretto, quello *inter partes*. Il fenomeno è forse indicato ancora più espressivamente col termine di *inopponibilità,* adoperato da alcuni autori (52): con esso si mette in chiaro che è resa inoperosa in confronto del terzo una situazione a lui pregiudizievole. Il nome di inefficacia relativa à in compenso

---

(52) Questa espressione è difesa specialmente dai BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Parigi, 1929, spec. p. 297 ss.. Cfr. anche M. FERRARA-SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, n. 52 ss., p. 121 ss..

il vantaggio di indicare più immediatamente l'appartenenza del fenomeno in esame alla categoria generale dell'invalidità in senso lato degli atti giuridici. Come altre categorie dell'invalidità, l'inefficacia relativa può derivare da una pronuncia costitutiva del giudice, e questo è appunto il caso della revoca; o anche essere originaria, come, secondo una parte della dottrina, nell'ipotesi dell'art. 707, 1° comma, c. co., e nel caso di alienazione di immobili pignorati da parte del debitore.

Quanto si è qui osservato consente di concludere che la revocatoria, sebbene tenda a colpire in un suo effetto riflesso rispetto al creditore l'atto dispositivo del debitore, non si può considerare come azione di nullità, perchè non determina una vera e propria nullità dell'atto medesimo, il quale anzi rimane valido per ogni altro effetto sia rispetto alle parti che rispetto ai terzi.

Non mi sembra inutile osservare a questo punto che la teoria che identifica nell'inopponibilità l'effetto della revoca è assai più vicina di quanto possa parere a quella più recente formulazione della teoria processualistica che parla di una limitata protezione di un diritto in confronto al potere esecutivo del creditore. Si tratta, in sostanza, dello stesso fenomeno descritto da due punti di vista diversi: quello del diritto materiale e quello del diritto processuale. In un certo senso questa relativa coincidenza di risultati in due indagini, che partono da presupposti così lontani, può essere considerata come una prova che si è giunti ad una precisa identificazione del fenomeno esaminato.

Ma quale delle due conclusioni è preferibile? Certo alla conclusione di diritto materiale, che qui è stata difesa, si può imputare che essa suppone una finzione: il che può apparire poco elegante da un punto di vista costruttivo. Ma nel caso quel dato è necessario; e la teoria processualistica, che ne prescinde, in sostanza rinuncia ad una costruzione dogmatica dell'istituto.

98. — L'effetto della revoca che si è sopra descritto è fondamentalmente identico in tutte le specie in cui l'istituto si manifesta e qualunque sia l'oggetto dell'alienazione.

Ciò non toglie che, in ragione del diverso oggetto dell'alienazione o di particolari esigenze delle procedure esecutive a cui ineriscono le revocatorie speciali, vi siano — fermo restando l'effetto fon-

damentale della revoca, che si è sopra descritto — alcune particolarità, che è bene esaminare.

In relazione alla natura dell'oggetto alienato, va innanzitutto descritta la situazione più semplice, quella derivante dalla revoca ordinaria dell'alienazione di un immobile o di una cosa mobile determinata. Per effetto della sentenza di revoca, da un lato il creditore considera il bene come non uscito dal patrimonio del debitore alienante; dall'altro esso ne è definitivamente uscito rispetto ai soggetti dell'alienazione. Di modo che, mentre il creditore può eseguire, il debitore non può nuovamente disporre del bene: in particolare non può con esso adempiere la sua obbligazione, ove il bene stesso fosse la *res debita* (cfr. n. 62).

Se oggetto dell'alienazione revocata è del denaro o in genere una cosa fungibile, questa non à individualità propria nel patrimonio del terzo. Allora l'inefficacia relativa dell'alienazione si risolve necessariamente nell'assoggettamento all'esecuzione del *tantundem eiusdem generis*. Per ciò stesso nel caso di revoca dell'alienazione di cosa fungibile il cui valore sia regolato dal prezzo dei pubblici mercati, deve farsi luogo alla sostituzione della cosa con denaro (arg. art. 1287 c. c.).

Quasi sempre, nelle ipotesi del genere, e specialmente quando si tratti di denaro, la sentenza di revoca reca pure la condanna del terzo acquirente a pagare il creditore. Ma questo è un effetto di più rispetto alla revoca (53): il giudice accerta la liquidità e l'esigibilità del credito e costituisce, con la condanna, un titolo esecutivo a favore del creditore. Non si può parlare, nel caso, di una vera e propria restituzione, perchè, oltre tutto, destinatario della stessa non può essere un soggetto diverso da quello da cui proviene l'attribuzione, e qui destinatario sarebbe il creditore.

99. — Non è possibile ammettere un diverso effetto delle revoche speciali in confronto alla revoca ordinaria.

Ciò è addirittura evidente nella revoca penale, le cui disposizioni, frutto di una tecnica legislativa un po' più matura di quella dell'epoca del codice civile e commerciale, fanno esattamente richiamo

---

(53) ANDRIOLI, *Azione revocatoria* cit., n. 11, p. 52.

ad una non produzione di effetti dell'atto revocato (art. 193 e 194 c. p.).

Per quanto concerne la sentenza intervenuta fra debitore e terzo in seguito all'accoglimento dell'opposizione revocatoria, mi limito ad osservare che contro la teoria, per cui essa è assolutamente nulla, si possono muovere le stesse obbiezioni mosse contro la teoria che considera la revocatoria ordinaria come azione di nullità (cfr. n. 95) (54). In breve: sproporzione fra lo scopo del rimedio e l'effetto che ad esso si vuole assegnare, senza che nessun testo di legge renda necessaria una simile conclusione.

Per quanto concerne la revocatoria fallimentare (e le varie specie di revocatoria nelle liquidazioni coatte amministrative, in cui si presentano gli stessi presupposti e testi legislativi pressocchè uguali), la conclusione non può essere diversa, sebbene una parte della dottrina ritenga che qui l'effetto sia una nullità vera e propria e altri parli di un effetto restitutorio (55).

In realtà gli art. 708 e 709 parlano di *annullamento*, ma è inutile ricordare ancora una volta l'imprecisione di termini del nostro legislatore, specie in tema di nullità. Del resto anche l'art. 1235 adopera il termine *impugnare*; e l'art. 949 c. c., in cui il riferimento ad un'inefficacia relativa è testuale, appunto il termine *annullamento*.

Nè la procedura fallimentare esige un diverso effetto della revoca, sebbene qualcosa di vero ci sia nell'osservazione che la revoca fallimentare à effetto restitutorio: si tratta però non della restituzione della titolarità del diritto ma della restituzione del possesso del bene alienato al curatore. Perciò non si può dire che l'effet-

---

(54) GALLUPPI, *Opposizione* cit., n. 267, p. 353 s.; CHIOVENDA, *Principi* cit., § 66, p. 1017 s.; *Istituzioni*, II, n. 411, p. 588: la sentenza che accoglie l'opposizione revocatoria « non distrugge il giudicato fra le parti, ma impedisce soltanto che esso possa nuocere al terzo: l'impugnazione del terzo non produce direttamente effetti se non a favore del terzo »; LIPARI, *Opposizione revocatoria* cit., n. 3, p. 95 s.; CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 339, p. 852, che però esclude l'ipotesi in cui vi sia partecipazione del terzo alla frode, nel quale caso la sentenza sarebbe inesistente. In senso contrario alla dottrina accolta nel testo, MORTARA, *Commentario* cit., IV, n. 348, p. 536 s. in nota.

(55) In questo senso: NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 276, p. 338 s.; BRUNETTI, *Diritto fallimentare* cit., n. 207, p. 443 ss.; MOSSA, *Diritto commerciale* cit., II, p. 689. Di una nullità vera e propria, quale effetto specifico della revoca fallimentare, parlano solo alcuni vecchi autori.

to restitutorio si sostituisce al normale effetto rescissorio, bensì che esso si aggiunge a quello, in ragione della speciale natura dell'esecuzione fallimentare. Questa à un organo, il curatore, che à il possesso e l'amministrazione della massa dei beni soggetti all'esecuzione collettiva, e fra questi vi sono anche i beni oggetto di un'alienazione revocata. Egli è un organo intermedio fra esecutato e creditori, che manca normalmente nella esecuzione individuale: di qui la differenza. Tuttavia anche nell'esecuzione individuale — sia pure con funzioni più limitate — appare talvolta una figura analoga, come il sequestratario di cui all'art. 2085 ed il custode di cui all'art. 599 c. p. c..

In questo senso limitato si può accettare la teoria che parla di effetto restitutorio della revoca fallimentare a differenza della revoca comune; non nel senso di una vera e propria nullità o di una restituzione della proprietà, contrarie alla natura dell'istituto della revoca e a quella della procedura fallimentare.

Ciò consente di stabilire che il *petitum* è lo stesso in tutte le domande di revoca, e perciò di affermare, concludendo una dimostrazione iniziata precedentemente, che la revoca è un istituto di carattere unitario.

Le conseguenze di quest'affermazione sono notevoli: tra le altre questa, che la revocatoria ordinaria si converte in revocatoria fallimentare, se durante l'esercizio di essa sopraggiunga il fallimento del debitore.

100. — È opportuno considerare, dopo che si sono definiti gli effetti della revoca rispetto all'atto dispositivo in genere, come questi si atteggino nella ipotesi che essa si diriga contro un pagamento e contro l'assunzione di nuove obbligazioni.

Anche quando si dice che è revocato l'adempimento di un'obbligazione, e specialmente un pagamento in denaro, l'effetto della revoca è sempre quello: inefficacia relativa. Ma nel caso di revoca del pagamento come si può dire che il negozio resta valido fra le parti, e che si rimuove solo l'effetto reale dello spostamento patrimoniale da esso determinato? Quando il creditore esegue sul patrimonio dell'acquirente, del pagamento non resta nulla. E ciò perchè, anche se esso à natura negoziale, si tratta di un negozio solutorio; sì che fra le parti resta valido non il negozio-pagamento (una simile

validità non avrebbe senso, una volta che del pagamento è eliminato il contenuto), ma il rapporto del quale esso doveva costituire estinzione.

Con ciò non si vuole qui ammettere un diverso effetto della revoca, ma si vuol dire che è improprio parlare di revocabilità dei pagamenti: la revoca colpisce sempre la fase esecutiva del negozio, anche quando la frode è stata posta in essere al momento della conclusione dello stesso. Dire poi che un pagamento è revocabile vuol dire semplicemente che si riconosce possibile la sussistenza dell'illecito anche nel momento esecutivo di una obbligazione per ipotesi costituita senza frode: ma l'effetto è sempre lo stesso, poichè la revoca anche nelle ipotesi normali, colpisce sempre non il negozio costitutivo, ma l'atto col quale il debitore tende ad attuare l'attribuzione patrimoniale al terzo.

In senso inverso, non è possibile, come si è già notato, una revoca vera e propria dell'assunzione di una nuova obbligazione, poichè in tal caso manca un effetto reale dell'atto dispositivo suscettibile di essere colpito: c'è solo un vincolo a disporre, ma questo non è toccato dalla revoca.

In conclusione non si può prescindere, nella determinazione dell'effetto della revoca da una considerazione unitaria e completa dell'atto di disposizione: come negozio esso resta valido fra le parti, mentre è colpito, nel senso indicato, l'atto che consuma l'attribuzione patrimoniale, realizzazione della volontà manifestata nell'atto dispositivo.

101. — L'inefficacia determinata dalla sentenza di revoca non è per sua natura definitiva, come è invece la vera nullità.

Il momento iniziale dell'inefficacia è quello della pronuncia di revoca, sebbene l'inefficacia retroagisca, diventando l'atto fraudolento improduttivo di effetti come se non fosse mai stato posto in essere. L'effetto dell'illecito è riportato al momento in cui esso è stato consumato. Lo stesso principio vale anche rispetto ai subacquirenti che subiscono gli effetti della revoca.

Quando si estingua l'obbligazione o sia soddisfatto altrimenti il diritto di garanzia, l'inefficacia relativa vien meno. Così se, pronunciata la revoca, il debitore o altri per lui adempia, il creditore perde questa sua qualità e l'atto fraudolento riacquista la sua piena effi-

cacia (56); se invece l'obbligazione non viene adempiuta ed il creditore agisce esecutivamente sul bene alienato in frode, la titolarità di esso si acquista dall'aggiudicatario e l'acquirente resta evitto (cfr. n. 107). Questi perde definitivamente la titolarità del bene per la poziorità del titolo fatto valere dal creditore, nonostante che il contratto fosse efficace fra lui ed il debitore. L'inefficacia segue dunque le vicende del diritto di garanzia. Sotto questo rispetto si può riconoscere, come già si è notato (cfr. n. 23), un certo fondamento di vero a quella dottrina che considera la revoca come un provvedimento conservativo.

102. — Dalla natura stessa dell'effetto della revoca — inefficacia riflessa di un atto dispositivo, che si risolve in una finzione di appartenenza del bene al patrimonio del debitore, in realtà non più titolare — deriva che l'effetto stesso è limitato ai creditori che ànno ottenuto la revoca. L'eccezione rispetto alla norma dell'inefficacia reale *erga omnes* dell'atto dispositivo è limitata ai soggetti che ànno chiesto la tutela del loro diritto di garanzia. Questa dottrina oggi non si può dire seriamente contestata (57).

Si è notato altrove come dalla contraria opinione che, identificando l'effetto della revoca in una nullità vera e propria, fa partecipare tutti i creditori dell'effetto della revoca, derivino conseguenze che sono in netto contrasto con i caratteri dell'istituto (cfr. n. 95). È da aggiungere che l'effetto relativo della pronuncia di revoca è testualmente previsto in varie disposizioni di legge. Così le norme sulla revocatoria penale si riferiscono ad una frode e ad un'inefficacia « ri-

---

(56) C. 18.5.1925, Pasciatore c. Sciaraffio, *Rep. Foro it.* 1925. 718 D. Il debitore non potrebbe però adempiere prestando il bene alienato in frode, perchè in suo confronto l'atto di disposizione resta valido: cfr. n. 62.

(57) Cfr., oltre agli autori citati alla nota 41, MAIERINI, *Revoca* cit., n. 105, p. 408 ss.; BREZZO, *Revoca* cit., n. 131, p. 239 s.; BASTIAN, *Inopposabilité* cit., p. 190; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN e RADOUANT, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 965, p. 268 s. ed ivi dottrina francese. Nello stesso senso è la nostra giurisprudenza concorde: C. Sez. Un. 19.7.1937, Massa c. Carusi, *Giur. it.* 1937, I, 1, 1145; C. 8.5.1935, Cassa Risp. Jesi c. Moccaferri, *Foro it.* 1935, I, 578, ed ivi richiamo di precedenti. Così la giurisprudenza francese: cfr. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Parigi, 1934, p. 237 ss.. L'opinione contraria è sostenuta da quella dottrina che fa derivare dalla revoca una nullità assoluta: cfr. n. 95.

spetto ai crediti indicati nell'art. 189 » (art. 193 e 194 c. p.): espressione meno precisa, per le ragioni accennate nelle pagine precedenti, dell'altra « rispetto ai creditori per uno dei titoli indicati nell'art. 189 ». Così pure l'inefficacia derivante dalla sentenza che accoglie l'opposizione revocatoria giova ai creditori che ànno esercitato questa opposizione; in conformità anche del principio della personalità delle impugnazioni, posto nell'art. 471 c. p. c. (58). Infine nelle norme in tema di liquidazioni coatte amministrative, per la speciale revoca contro gli atti di disposizione del socio, diretti a sottrarre i suoi beni alla responsabilità per i debiti sociali, è detto espressamente che l'annullamento à luogo rispetto alla massa dei creditori della società, e perciò non rispetto ai creditori del socio.

L'effetto della revoca fallimentare, sia nell'ipotesi dell'art. 708 che in quella dell'art. 709, giova a tutti i creditori facienti parte della massa, perchè tutti sono stati tutelati con l'azione revocatoria (59).

103. — La sentenza di revoca produce effetto fra le parti in causa: l'inopponibilità dell'atto di disposizione colpisce innanzitutto il debitore e l'acquirente.

Colpisce anche i creditori chirografari (60) dell'acquirente, i quali non ànno una posizione indipendente rispetto allo stesso. Per ammettere detti creditori a concorrere nell'esecuzione intrapresa dal creditore che abbia ottenuto la revoca, bisognerebbe attribuire a questa — come è stato giustamente osservato — un effetto personale, consistente in un diritto di credito a restituzione del creditore agente (61). Esclusa tale soluzione (cfr. n. 87) e dimostrato come l'effetto della revoca consista in un ritorno della titolarità del bene al debitore, sia pure rispetto al solo creditore agente, è chiaro che tale ritorno o effetto reale della revoca è opponibile, come all'acquirente, così a coloro che ànno una posizione subordinata rispetto a quella dell'acquirente

(58) CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 574, p. 563.

(59) Invece, come si è ricordato, il CANDIAN legittima alla revocatoria ex art. 708 il singolo creditore ed a lui limita l'effetto della revoca. Su questa opinione cfr. n. 80.

(60) Il creditore ipotecario è un subacquirente, e perciò bisogna vedere se, trattandosi di concessione di ipoteca a titolo oneroso, sia di buona o di mala fede: cfr. CICU, *Obbligazione* cit., p. 84.

(61) CICU, *Obbligazione* cit., p. 85.

stesso, quali sono appunto i creditori e i subacquirenti, salvo per questi ultimi quanto dispone espressamente la legge. In questo senso si è potuto esattamente parlare di una nullità (*rectius*: inefficacia) assoluta o di un'inefficacia reale dell'atto impugnato (62).

Rispetto ai subacquirenti a titolo oneroso la legge non à mantenuto incondizionatamente il criterio della buona fede, decisivo per il primo acquirente. E la ragione è chiara. Se la tutela del creditore rispetto ai subacquirenti fosse condizionata all'accertamento della mala fede di ciascuno di essi, il funzionamento dell'istituto sarebbe assai dubbio. Perciò sono previste una pubblicità della domanda di revoca, che si è già esaminata (cfr. n. 82), ed una pubblicità della sentenza, che è retta dalle medesime norme.

La trascrizione della domanda di revoca, come si argomenta dall'art. 1235, ultimo comma, determina nei terzi che negoziano con l'avente causa del debitore una legale conoscenza (63) che questi à alienato in frode: ciò permette al creditore di prescindere dalla prova della mala fede, agendo in confronto dei singoli subacquirenti a titolo oneroso.

Mentre la trascrizione della domanda di revoca è facoltativa, o meglio è oggetto di un onere della parte, poichè è concessa esclusivamente nell'interesse di questa, la trascrizione della sentenza è obbligatoria (art. 1934 cpv.); infatti, mentre non si può contare su di un interesse della parte a provvedere alla trascrizione (interesse già soddisfatto con la trascrizione della domanda), occorre evitare che i diritti dei terzi rimangano in quello stato di incertezza in cui sono stati messi dalla trascrizione della domanda.

Per quanto concerne il regime della pubblicità immobiliare nelle

---

(62) La prima formula in Ricca-Barberis, *L'assolutezza dell'annullamento* cit., *Riv. dir. priv.* 1931, I, 294; la seconda in Cicu, *Obbligazione* cit., p. 85 s..

(63) Quando il Gorla (*Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza, Temi em.* 1932, I, 1 ss.) nega che la presunzione di conoscenza valga a spiegare il meccanismo della trascrizione dice cosa esatta rispetto alla trascrizione, che costituisce condizione di efficacia o opponibilità di un acquisto rispetto ai terzi o a determinati terzi; ma il rilievo non è applicabile alla trascrizione che adempie ad una funzione di pubblicità-notizia, come nel caso. La pratica parla correntemente di presunzione assoluta di mala fede: cfr., ad esempio, C. 31.7.1936, Sismondi c. Fall. Borello, *Foro it.* 1936, I, 1470.

nuove provincie ed il regime della pubblicità mobiliare rinvio a quanto è detto al n. 82.

104. — L'azione revocatoria è diretta a determinare l'inefficacia, in confronto del creditore, di un atto di disposizione compiuto dal debitore, ed eventualmente l'inefficacia di altri atti successivi. Quando vi sono dei subacquirenti esposti agli effetti della revoca, chi li subisce immediatamente è il titolare del bene, già alienato in frode, nel momento in cui il creditore agisce esecutivamente. I rapporti intercedenti fra il debitore ed il primo acquirente e fra questi ed il subacquirente e così via sono irrilevanti rispetto al creditore.

Si tratta ora di vedere quali conseguenze derivino dal fatto che il primo acquirente o un acquirente successivo per ipotesi esposto alla revoca, alieni a titolo oneroso, e prima della trascrizione della domanda di revoca, il bene ad un terzo di buona fede, il quale per ciò non può subire gli effetti della revoca. Il problema non si pone se l'alienazione sia a titolo gratuito, perchè in questa ipotesi anche il subacquirente di buona fede subisce gli effetti della revoca (cfr. n. 78).

La dottrina dominante ritiene che il creditore possa chiedere il risarcimento dei danni entro i limiti del valore della cosa al primo acquirente o rispettivamente all'acquirente intermedio (64).

Questa opinione deriva manifestamente da ciò, che si pone il fondamento della revoca nell'illecito o nell'indebito arricchimento dell'acquirente: respinta la stessa (cfr. n. 31), si deve respingere per gli stessi motivi anche la conseguenza indicata. Se effettivamente l'acquirente fosse colpevole di un illecito, dovrebbe essere stabilita in ogni caso la sua escussione, prima di assoggettare il terzo subacquirente agli effetti della revoca. Viceversa la legge, concedendo il rimedio conservativo della trascrizione della domanda, à voluto che

---

(64) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 104, p. 397; BREZZO, *Revoca* cit., n. 132, p. 240; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 334, p. 458; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 138, p. 641 ss.; CONFORTI, voce *Azione revocatoria* cit., n. 64; DEMOGUE, *Obligations* cit., VII, n. 1099, p. 482. La legge austriaca (§ 13 I dell'*Anfechtungsordnung*, § 39 I della *Konkursordnung*) stabilisce espressamente che l'acquirente è tenuto al risarcimento in denaro quando la restituzione in natura non sia attuabile.

solo con questa il creditore fosse tutelato contro le alienazioni successive.

Si può obbiettare che, secondo l'opinione qui accolta, l'istituto della revoca dà una protezione incompleta al creditore. Ciò è vero; ma si tratta di una conseguenza necessaria del regolamento dell'istituto. Inoltre è da osservare che il creditore deve essere solerte nella reazione contro la frode, provvedendo, appena a conoscenza dell'atto fraudolento, alla trascrizione della domanda di revoca, e che quindi l'inconveniente à carattere marginale, tanto più che l'acquisto precipitoso di un immobile è di per sè normalmente un grave indizio di mala fede.

La stessa decisione mi sembra di dover accogliere nel caso di perimento dell'oggetto alienato, non solo per caso, ma anche per fatto dell'acquirente (65). Del resto, trattandosi di mobili, il creditore avrebbe potuto tutelarsi col sequestro giudiziario (cfr. n. 82); trattandosi di immobili, un perimento per fatto dell'acquirente in pratica non è facile a configurarsi; e comunque sembra estranea alla funzione della revoca la tutela dell'interesse del creditore alla conservazione materiale dell'immobile che è oggetto di garanzia. Se mai, si potrà discutere dell'applicabilità dell'art. 388 cpv. c. p. e di un obbligo di risarcire i danni in dipendenza della violazione del precetto in esso contenuto.

Il Cicu, che pure nega la sussistenza di massima di una responsabilità per illecito del terzo, ritiene applicabile, nell'ipotesi, il disposto dell'art. 1148 c. c., concernente la responsabilità di chi à ricevuto indebitamente una cosa (66). A mio sommesso avviso l'acquisto di una cosa alienata in frode non si può configurare come ricevimento di una cosa non dovuta: l'atto di disposizione è fra le parti legittimo e valido, e l'acquirente riceve una cosa che gli è dovuta, anche se il debitore doveva astenersi dall'alienarla.

Mi rendo conto della gravità della soluzione qui accolta; ma sembra che ad altra conseguenza non si possa giungere secondo il regime della revoca nella nostra legge.

---

(65) *Contra*: Butera, op. cit., n. 138, p. 642, ed ivi dottrina e giurisprudenza.

(66) *Obbligazione* cit., p. 79 s..

105. — In seguito alla revoca, poichè per i creditori il bene alienato è *come se* ancora facesse parte del patrimonio del debitore, si rende possibile l'esecuzione forzata, singolare o concorsuale, sullo stesso. Sebbene in tal modo si apra un normale processo esecutivo, indipendente dal processo di revoca (che è di cognizione), appartiene alla teoria degli effetti mediati della revoca anche la determinazione di alcune regole secondo le quali l'esecuzione si deve svolgere.

Essa tutela i creditori (i singoli creditori che ànno agito nell'esecuzione individuale, la massa nel fallimento) nei limiti entro i quali i creditori a cui favore è stata pronunciata la revoca ànno subito un danno dall'atto fraudolento. Se, ad esempio, chi à ottenuto la revoca è titolare di due crediti verso il debitore fraudolento, uno fondato su titolo anteriore all'alienazione revocata ed uno su titolo posteriore, o anche anteriore, ma non tutelato con la revocatoria, egli può soddisfarsi in sede esecutiva solo per il primo credito (67).

Soddisfatti i creditori agenti, se avanza una parte del prezzo ricavato dall'aggiudicazione, essa spetta all'acquirente: una volta estinta l'obbligazione, l'inefficacia viene meno (cfr. n. 101), e l'acquirente consegue ciò che avanza dalla vendita forzata di una cosa sua.

In questa sede va ricordata l'opinione corrente — fondata su un vero e proprio equivoco, poichè scambia un limite della soggezione del bene all'esecuzione con un limite dell'inefficacia dipendente dalla revoca — secondo la quale l'atto fraudolento è annullato o reso inefficace solo nella misura in cui il bene alienato serve a soddisfare il diritto del creditore (68). Più esattamente invece, a questo proposito, la dottrina processualistica parla di soggezione all'esecuzione del bene alienato nella misura in cui esso serve a soddisfare il diritto del creditore.

L'idea della dottrina prevalente, di una nullità parziale in senso quantitativo, se trova riscontro in qualche figura speciale, come la

---

(67) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 79 s..

(68) Maierini, *Revoca* cit., n. 25, p. 70; ed ivi Giorgi, *Note*, p. 98; Solazzi, *La natura dell'azione revocatoria* cit., *Legge* 1903, 1185; Butera, *Azione pauliana* cit.. n. 120, p. 555; Grouber, *Action paulienne* cit., n. 228 s., p. 414 ss.; e tutta la nostra giurisprudenza: cfr., ad esempio: C. 21.7.1938, Chiavacci c. Fall. Cattaneo, *Mass. Foro it.* 1938, 555; A. Milano 18.6.1935, Mobilificio Ambrosiano c. Caria, *Rep. Foro it.* 1935, 817 F.

riduzione delle liberalità lesive della legittima, non è un principio compatibile col carattere unitario del negozio giuridico.

Giova aggiungere che, se effettivamente la revoca determinasse, nell'ipotesi prospettata, un'inefficacia parziale, si dovrebbe costituire, come nota il Cicu, almeno rispetto al creditore, una comunione fra l'acquirente ed il debitore sul bene alienato in frode (69). Invece la revoca determina un'inopponibilità del negozio come tale, nella sua integrità, ma il creditore, in sede di esecuzione può soddisfarsi solo fino al limite del suo credito (70).

L'opinione criticata è sorta probabilmente per la necessità di spiegare, una volta ammessa la nullità dell'atto fraudolento, come il residuo dei beni dopo avvenuta l'esecuzione spetti all'acquirente (71).

Bisogna anche riconoscere che l'insegnamento comune trova un appoggio nell'art. 949, 2° comma, c. c., secondo il quale la rinuncia all'eredità è annullata solamente a vantaggio dei creditori e «per la concorrenza de' loro crediti». Il legislatore à sentito qui il bisogno di indicare espressamente il limite entro il quale i creditori possono agire a tutela del loro diritto, perchè nell'ipotesi in esame il negozio di disposizione non si riferisce ad un bene o ad alcuni beni determinati, ma ad una massa di beni, ed è incorso anch'egli nella confusione segnalata poco sopra.

106. — Soggetti del processo esecutivo conseguente alla revoca sono il creditore agente ed il debitore alienante (72). Il terzo acquirente diventa, per effetto della revoca, estraneo all'esecuzione. Ciò è vero sia nel caso di esecuzione individuale che nel caso di fallimento, anche se in questo egli può eventualmente far parte della massa dei creditori, in quanto abbia diritto di pretendere la restituzione della prestazione (cfr. n. 107).

Questa proposizione è pacifica per il fallimento, in ragione dell'effetto restitutorio che comunemente si assegna alla revoca fallimentare; ma è contestata per l'esecuzione singolare, nella quale si ritiene necessaria sia la presenza del terzo che quella del debitore.

---

(69) *Appunti in tema di revocatoria* cit., p. 132.

(70) Cicu, *Obbligazione* cit., p. 83.

(71) Cfr., ad esempio, Giorgi, *Note* su Maierini, p. 98.

(72) Cicu, *Appunti* cit., p. 132 s..

Dalla concezione processualistica — largamente accolta, come si è ricordato, nella giurisprudenza — dovrebbe seguire che il solo terzo acquirente sia legittimato passivamente all'esecuzione, non il debitore; e sembra che tale elementare deduzione dall'accennata teoria, sia fatta valere in molti ricorsi, che sono regolarmente respinti dalla Cassazione: questa esige invece, come i giudici di merito, la presenza di entrambi i contraenti, debitore alienante e terzo acquirente. Una recente sentenza della Corte Suprema, muovendo dalla critica di questa deduzione, così formula la teoria della giurisprudenza: « È come dire che l'acquirente diventi debitore diretto del creditore per una supposta surrogazione o novazione, che non sono in legge, o come sostenere che nella espropriazione contro il terzo, sia mobiliare che immobiliare, il debitore non debba essere parte del processo esecutivo. Invero, ove si consideri che nell'azione di revocazione degli atti fraudolenti i soggetti passivi sono due, cioè l'alienante debitore e l'acquirente, e che l'azione dalla fase di cognizione a quella definitiva di esecuzione conserva integra la sua natura e solo cambiano le forme di esercizio, ne consegue che i rapporti fra le varie parti rimangono fondamentalmente inalterati e nessuna di esse può rimanere esclusa dal partecipare al giudizio sino al completo esaurimento dell'azione. E più particolarmente sotto il profilo dell'interesse, basterà accennare che, alle eventuali azioni di rivalsa tra i contraenti e per le quali non sarebbe sempre agevole negare a priori l'interesse dell'alienante, quest'ultimo, come debitore, ha un interesse vero e reale affinchè il suo creditore sia soddisfatto ed entro i giusti limiti del credito » (73).

Questa completa formulazione dell'insegnamento ormai costante della Cassazione dimostra con tutta chiarezza dov'è la radice dell'errore: si considera che il giudizio di revoca abbia due fasi, una di cognizione e l'altra di esecuzione. Questa supposizione è erronea, perchè disconosce l'autonomia del giudizio di revoca (74), che è un mero giudizio di cognizione allo stesso modo che il giudizio di annullamento di un negozio per vizio del volere. Da ciò consegue che nel

---

(73) C. 13.2.1939, Palmieri c. Aiazzi, *Giur. it.* 1939, I, 1, 435. Nello stesso senso: C. 17.1.1933, Feo c. Majellaro, *Foro it.* 1933, I, 583 e molte altre decisioni.

(74) Così Cicu, *Appunti* cit., p. 132.

processo di esecuzione, come di regola, è legittimato passivamente il solo debitore.

Si deve invece ammettere che l'acquirente partecipi all'esecuzione al solo scopo di far valere il suo diritto al residuo (75).

107. — La legge italiana non stabilisce quali diritti possa vantare il terzo acquirente quando il bene acquistato è stato sottoposto ad esecuzione: l'interprete deve dunque avere riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe. Ma è chiaro che il problema di identificare queste disposizioni si presenta diversamente a seconda del fondamento e dell'effetto che si riconosce alla revoca.

Innanzitutto l'acquirente che à subito la revoca non può rivolgersi che contro il debitore: questo principio, che è stabilito espressamente dalle leggi tedesche (76), vale senza dubbio anche per la nostra.

In pratica la questione si presenta spesso nella revocatoria fallimentare; ma non in quella ordinaria, perchè l'acquirente o non à speranza di ricavare qualcosa dal debitore, o ottiene da questo sottomano il risarcimento del danno subito.

Poichè qui si è ritenuto che il fondamento della revoca è un illecito del debitore e l'effetto un'inefficacia relativa dell'atto rispetto al creditore, è chiaro che, qualsiasi diritto si voglia riconoscere all'acquirente che à subito la revoca, tale diritto deve essere compatibile con una perdurante validità *inter partes* dell'atto di alienazione: una eventuale pretesa di restituzione non può trovar fondamento in una nullità dell'atto dispositivo. Si deve invece tener conto del fatto che, nonostante la validità del negozio di alienazione, all'acquirente è legittimamente sottratto il bene oggetto dello stesso.

Si è voluto riconoscere all'acquirente, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito, un diritto di regresso verso il debitore in base alla considerazione che, siccome per effetto della revoca i debiti del *fraudator* si estinguono con beni appartenenti all'acquirente, il primo riceve un'ingiusta locupletazione: tale diritto di regresso avrebbe appunto

---

(75) Sulla natura giuridica del diritto al residuo, cfr. GARBAGNATI, *Osservazioni sul diritto del debitore espropriato al residuo del ricavo dell'espropriazione, Foro Lomb.* 1939, I, 307.

(76) § 8 *Anfechtungsgesetz* germanico, § 15 *Anfechtungsordnung* austriaca.

la funzione di eliminarla (77). Questa teoria deve ritenersi infondata, perchè, non essendo l'equità una fonte di diritto, e mancando un'espressa norma che lo preveda, l'indebito arricchimento non può considerarsi un fondamento autonomo di responsabilità. Non potrebbe neppure ammettersi una surroga legale, consentita dal codice in favore di chi *paga* un debito altrui nelle circostanze indicate nell'art. 1253 c. c.; o, tanto meno, una surroga convenzionale, secondo l'art. 1252, 1°, perchè, rispetto al creditore, i beni con cui egli si soddisfa sono del suo debitore e non di un terzo.

Una dottrina assai diffusa ritiene che ricorra qui un'ipotesi di evizione (art. 1482 ss. c. c.): si dice che l'acquirente à un diritto alla restituzione del valore della controprestazione, quando il rapporto intercedente fra lui e il debitore comporti la garanzia per evizione (78). L'insegnamento mi pare esatto, sebbene in alcuni casi il diritto alla restituzione riposi su un diverso fondamento.

Per rendersi conto dell'applicabilità delle norme sull'evizione a favore dell'acquirente che à subito l'esecuzione in seguito alla revoca e contro il debitore alienante, occorre richiamare brevemente qual'è nella nostra legge, come nella legge romana, la funzione della garanzia per evizione. Essa non è una tutela contro l'inadempimento da parte del venditore dell'obbligazione di dare, e cioè di trasferire la proprietà della cosa venduta: a tale scopo serve l'annullabilità della vendita di cosa altrui (art. 1459 c. c.); la garanzia per evizione invece, come si deduce dalla stessa lettera dell'art. 1482, rappresenta una tutela del risultato pratico della vendita, quando sia intervenuta molestia all'acquirente da parte di un terzo, o, meglio, come è stato detto di recente, quando il compratore « venga privato della posizione di

---

(77) GROUBER, *Action paulienne* cit., n. 236, p. 428 ss.; BUTERA, *Azione pauliana* cit., n. 143, p. 659 ss.. Secondo PLANIOL, RIPERT, ESMEIN e RADOUANT (*Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 964, p. 268) questo diritto concorre con la garanzia per evizione a favore del primo acquirente, e spetta come diritto esclusivo al subacquirente in confronto del debitore.

(78) MAIERINI, *Revoca* cit., n. 106, p. 416 ss.; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 347, p. 473 ss.; CICU, *Obbligazione* cit., p. 109 s.; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN e RADOUANT, *Obligations*, II, in *Traité* cit., VII, n. 964, p. 268, i quali ultimi ammettono che all'acquirente spetti l'azione sia per evizione sia per indebito arricchimento. Il BONELLI (*Fallimento* cit., I, n. 413 nota 3, p. 868) non si pronuncia; altrove (n. 379, p. 790), a proposito dell'art. 707 c. co., sembra ammettere la sussistenza di una garanzia per evizione.

fatto di proprietario, cioè del possesso, ad opera del terzo vincente in giudizio » (79).

La medesima conseguenza deriva dall'esecuzione fondata sulla revoca dell'alienazione fraudolenta: l'acquirente, pur restando valido ed efficace il negozio di alienazione, si vede legittimamente portar via il bene da un terzo, il cui diritto è considerato prevalente. Non vi è contraddizione fra lo stato dell'evitto e lo stato in cui si trova l'acquirente che à subito la revoca; a meno che non si creda che questa sia la sanzione di un illecito dello stesso acquirente, nel qual caso non gli si potrebbe certo riconoscere un diritto alla prestazione dell'evizione (80). La mala fede dell'acquirente non esclude di massima, come sarà precisato fra breve, il suo diritto alla garanzia. Si potrebbe osservare, piuttosto, che l'evizione à per presupposto l'esistenza di un titolo, spettante al terzo evincente, anteriore all'atto di alienazione (81); ma il diritto fondamentale che fa valere il creditore è il diritto di garanzia, ed esso è anteriore all'alienazione fraudolenta. E lo stesso diritto si comporta, proprio grazie alla revoca, come assoluto, quale deve essere il diritto del terzo perchè l'evizione sia possibile.

D'altra parte le norme in tema di evizione sono quelle che regolano più opportunamente le relazioni fra debitore e terzo acquirente che subisce la revoca. Infatti se l'alienazione è a titolo gratuito, salvo i casi in cui l'evizione anche per questa categoria di alienazioni debba essere prestata per legge, o sia stata espressamente promessa dal disponente (art. 1077), il terzo acquirente non si rivale sul suo dante causa; se l'alienazione è a titolo oneroso, la garanzia per evizione è naturalmente dovuta e trovano applicazione di massima le regole che la legge pone per l'evizione in caso di vendita.

In special modo è da ricordare il disposto dell'art. 1485, dal quale

---

(79) Gorla, *L'obbligazione di dare, Foro it.* 1937, IV, 233. Cfr. anche: Id., *Compravendita* cit. in Vassalli, *Trattato* cit., VII, 1, n. 80, p. 98 s.; Zachariae e Crome, *Manuale* cit., II, § 335, p. 469; Ricca-Barberis, *Sulla natura della garanzia per evizione, Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 265 ss.; De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 320 s..

(80) Questa osservazione in Auletta (*Azione revocatoria* cit., p. 159), il quale, come si è notato, considera e critica quella sola teoria dell'illecito che pone a fondamento della revoca il delitto del terzo.

(81) Zachariae e Crome, *Manuale* cit., II, § 335, p. 471 s.; Aubry e Rau, *Cours* cit., V, § 355, p. 84 s.; Gorla, *Compravendita* cit., n. 80, p. 101.

deriva che, nel caso di stipulata esclusione della garanzia, l'alienante non è tenuto a restituire al terzo acquirente, evitto per effetto della revoca, nemmeno il prezzo ricevuto. Infatti, trattandosi di atto a titolo oneroso, la revoca è pronunciata solo quando sussista la mala fede del terzo, la quale si identifica con quella consapevolezza dell'illecito, e perciò del pericolo dell'evizione, che è richiesta nell'articolo in esame. L'acquisto in mala fede, è bene notarlo, non significa acquisto a proprio rischio e pericolo.

È evidentemente applicabile all'acquirente dal debitore fraudolento il disposto dell'art. 1496: l'acquirente che abbia preferito pagare il creditore anzichè subire il processo esecutivo, può essere tacitato dal debitore col rimborso della somma pagata e degli accessori.

Se il rapporto intercedente fra debitore e terzo acquirente non comporta una garanzia per evizione, il terzo acquirente non può vantare alcun diritto in confronto del debitore. Così in caso di rinunzia (abdicativa): in particolare di rinunzia all'eredità, o in caso di remissione del debito. Il diverso insegnamento della dottrina, che fonda il diritto di regresso, su un preteso arricchimento indebito dell'alienante, mi sembra destituito di base, oltre che contrario ad un'elementare giustizia.

Anche quando sia revocato un pagamento fatto dal debitore al terzo acquirente, il credito di questo risorge. Però non credo che la ragione di questa regola, comunemente accolta (82), si debba qui ricercare in un'analogia coi principi sull'evizione. Invece la ragione sta in ciò che nel caso di revoca di un pagamento, atto solutivo di un vincolo preesistente, non si può parlare, come si è visto, d'inefficacia meramente relativa, essendo inevitabilmente distrutte anche fra le parti le conseguenze materiali dell'atto: da ciò segue quella rinascita del credito, alla quale accenna l'art. 2031 c. c., a proposito delle ipoteche, per il caso che il pagamento sia dichiarato nullo.

L'attuazione del diritto di rivalsa dell'acquirente a titolo oneroso suscita notevoli difficoltà in tema di revocatoria fallimentare. Si discute se l'acquirente, che in seguito alla revoca à restituito la prestazione ricevuta all'attivo della massa fallimentare, abbia perciò diritto di ripetere quello che aveva pagato al fallito; e se questo diritto si configuri come un diritto di separazione o come un semplice diritto

---

(82) Cfr. Bonelli, *Fallimento* cit., I, n. 415, p. 872.

di credito; e, in quest'ultimo caso, se e quando sia un credito verso la massa, e, come tale, da soddisfare integralmente, o un credito nella massa, e quindi soggetto alla falcidia.

Per il fatto che la revoca non importa un annullamento vero e proprio, è da ritenere innanzitutto che non si possa parlare di una qualunque pretesa a carattere reale dell'acquirente: l'atto di alienazione rimane valido fra le parti, che debbono perciò rispettarlo.

Secondo il § 38 della *Konkursordnung* tedesca «la controprestazione deve essere ripresa dalla massa, in quanto essa vi si trovi o in quanto la massa si sia arricchita del suo valore. Al di fuori di questa ipotesi può esser fatta valere una pretesa solo come credito concorsuale » (83). Lo stesso principio si ritiene in genere valido secondo la nostra legge: credito verso la massa per la restituzione della prestazione che esista ancora in natura nell'attivo fallimentare, o che comunque abbia determinato un arricchimento della massa; altrimenti, semplice diritto chirografario (84). Una delle ipotesi più comuni in cui si ammette che la restituzione della controprestazione sia dovuta nella sua integrità è quella in cui il pagamento eseguito dall'acquirente sia servito ad estinguere un credito ipotecario (85).

Questa opinione a mio sommesso avviso non è fondata. Se la cosa è ancora esistente nell'attivo o comunque vi è rappresentata da un controvalore, non si è davanti ad una questione sul diritto alla rivalsa, ma ad una questione di valutazione dell'*eventus damni*: que-

---

(83) Analogamente il § 41 della *Konkursordnung* austriaca. La dottrina tedesca e austriaca prevalente ritiene che nelle norme ricordate sia previsto un diritto di credito alla restituzione, e non una pretesa reale: cfr. JAEGER, *Konkursordnung* cit., I, § 38 nota 1, ed ivi riferimenti; BARTSCH e POLLAK, *Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung*, 2ª ed., Vienna, 1927, p. 296 s., con riferimenti.

(84) SRAFFA, *L'effetto della revocatoria nel fallimento e la controprestazione del contraente*, *Riv. dir. comm.* 1917, II, 598 ss.; BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 413, p. 867 ss.; NAVARRINI, *Diritto fallimentare* cit., I, n. 277, p. 339; C. Sez. Un. 17.1.1917, Widemann c. Gadda, *Foro it.* 1917, I, 320 (questa decisione però afferma che il credito si riduce sempre in moneta di fallimento quando la controprestazione, pur avendo determinato un arricchimento, si è comunque confusa nel patrimonio del debitore); C. 11.7.1930, Radaelli c. Mangoni, *Foro it.* 1931, I, 39. — In diritto francese la dottrina prevalente è nello stesso senso: cfr. PERCEROU, *Faillites* cit., I, n. 684, p. 938 s..

(85) Cfr., ad esempio, C. 31.3.1937, Fall. Bussone c. Euria, *Foro it.* 1937, I, 1100; A. Torino 9.3.1936, stesse parti, *Dir. fall.* 1936, 450.

sto è limitato alla misura della differenza fra il valore ricevuto dall'acquirente e quello da lui prestato, che ancora sussista nell'attivo fallimentare: solo entro tale misura l'esecuzione concorsuale può profittare alla massa. Si deve ritenere in conseguenza non già che all'acquirente spetti per effetto della revoca un diritto sul bene da lui prestato e che ancora sussista in natura o nel suo controvalore nell'attivo; ma che l'acquirente à diritto a ciò che rimane del bene assoggettato alla procedura fallimentare, dopo che su questo la massa si è soddisfatta nella misura dell'*eventus damni* (86).

Una questione relativa all'evizione può presentarsi solo quando l'acquirente non sia riuscito a provare che il bene da lui prestato esiste in natura o in controvalore nell'attivo fallimentare; e perciò si veda sottratto tutto il valore della sua prestazione dall'esecuzione fallimentare. In tal caso mi sembra derivi dai principi dell'evizione che il credito deve essere considerato come un credito verso il fallito, anche se la sottrazione del bene acquistato sia avvenuta in seguito ad una revoca inerente all'esecuzione fallimentare: questa circostanza non può valere a spostare la direzione del credito stesso, che à il suo titolo esclusivamente nell'obbligo di garanzia a carico dell'alienante. Perciò l'acquirente deve essere pagato in moneta fallimentare (87).

108. — Il fatto che l'oggetto della prestazione effettuata dal debitore all'acquirente sia sottratto allo stesso à rilevanza rispetto a coloro che ànno prestato garanzia all'acquirente per l'adempimento dell'obbligazione del debitore. Essi sono tenuti ad adempiere in luogo del debitore.

Questa è una conseguenza del fatto, a cui si è già accennato ad altro proposito (cfr. n. 100), che, sebbene l'effetto della revoca sia una finzione di appartenenza al debitore del bene alienato, a vantaggio del creditore, l'esecuzione importa una reale estromissione del bene dal patrimonio dell'acquirente, sì che la prestazione del debitore deve considerarsi venuta meno *erga omnes* per un fatto (frode) a lui imputabile. Nè si può dubitare della validità di una garanzia prestata

---

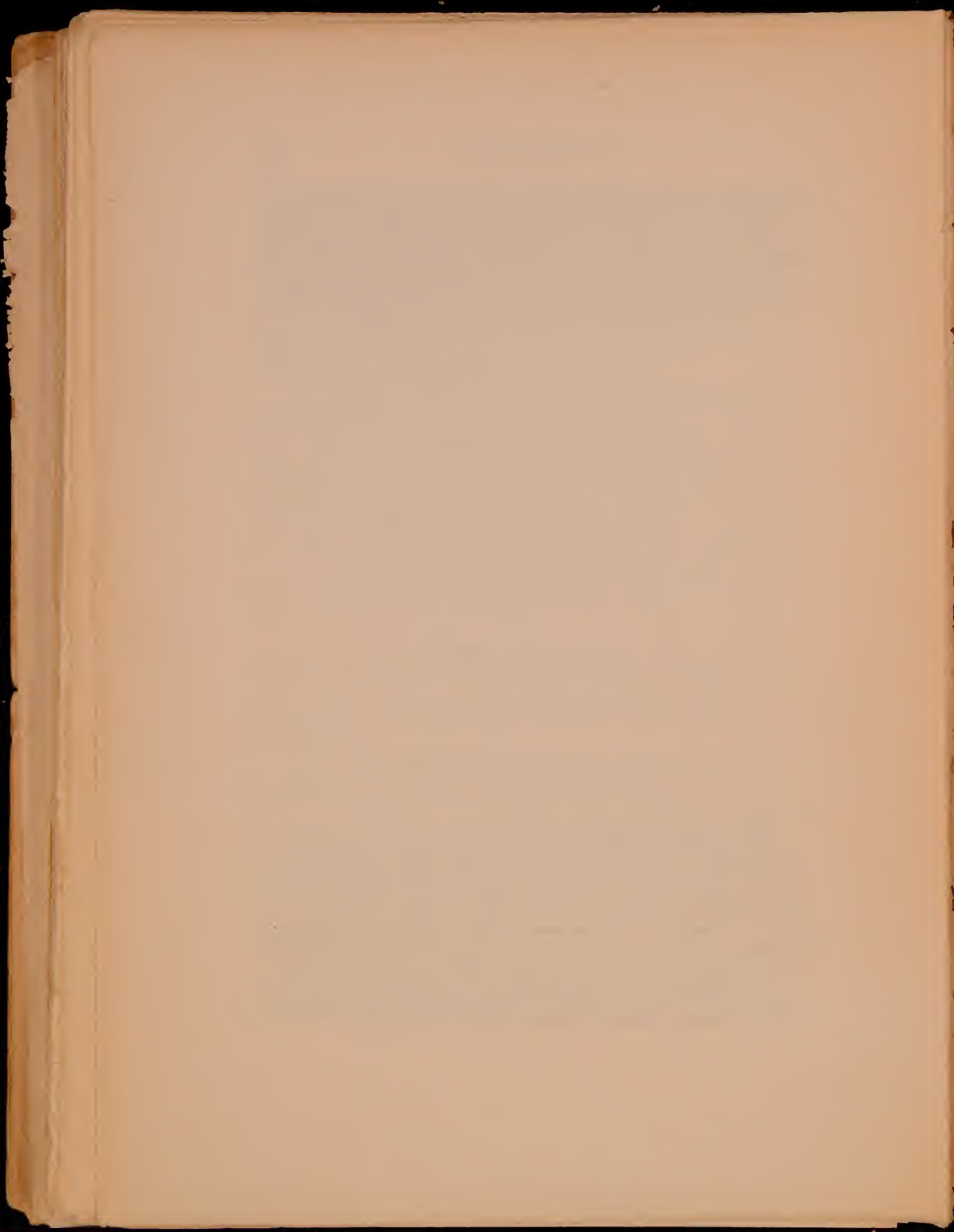
(86) Sostanzialmente in questo senso AULETTA, *Revocatoria* cit., p. 162 s..

(87) Cfr. in questo senso: C. 27.5.1933, Roncaglia c. Fall. Rossi, *Foro it.* 1933, I, 945; C. 15.4.1932, Romano c. Banca Boffa, *Rep. Foro it.* 1932, 613 C; C. 14.1.1927, Borselli c. Da Fano, *Giur it.* 1927, I, 1, 227.

in occasione di un contratto, anche notoriamente fraudolento (arg. art. 1899 cpv. c. c.). Perciò, sebbene il pagamento abbia avuto luogo, in seguito al ripristino della situazione patrimoniale precedente ad esso, il rapporto di garanzia rivive e il garantito deve essere pagato (88). In particolare, col credito verso il *fraudator* rinasce anche l'ipoteca che già garantiva il terzo (art. 2031 c. c.) (89).

---

(88) A. Trieste 18.7.1939, Arbex c. Turrini, n. 312 ined., *Contra* C. 12.1.1938, Guazzoni c. Banca Pop. Lecco, *Banca, borsa e titoli di credito* 1938, II, 146. L'affermazione accennata presuppone accolto il principio che le garanzie prestate da altre persone per il debitore a favore del terzo contraente restano ferme, sebbene sia intervenuta la revoca dell'atto al quale si riferisce la garanzia: ma questo punto non può essere dubbio: cfr. BONELLI, *Fallimento* cit., I, n. 414, p. 871 s.; C. 26.2.1932, Piciccio c. Fall. Sagliocco, *Riv. dir. comm.*, 1932, II, 243.

(89) Analogamente l'art. 2031 è stato ritenuto applicabile nel caso che il creditore ipotecario abbia subito l'evizione di un fondo dato *in solutum*: A. Napoli 30.4.1934, Santoro c. Montuori, *Dir. e giur.* 1934, 358.

# INDICE DEGLI ARTICOLI CITATI

*(I numeri si riferiscono alle pagine)*

*Codice civile, libro primo* (1938)



*Codice di procedura civile* (1865)

*Regolam. generale giudiz.* (1865)



*Codice di commercio* (1882)



*Codice penale* (1930)



*R. d.* 16.7.1905, *n.* 646



*R. d.* 17.10.1922, *n.* 1401



*R. d.* 28.3.1929, *n.* 499

# INDICE DEGLI ARGOMENTI

*(I numeri si riferiscono alle pagine; n. = nota)*